

# La Legislazione Penale

*Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani*



Anno 2021

N° 1

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

REDAZIONE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Ernestina Sacchetto, Alice Savarino

LA LEGISLAZIONE PENALE ([www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu)) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono consultabili nel Codice Etico, all'interno del sito della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

**INDICE***Approfondimenti*

A.F. TRIPODI, Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione .....	4
A. ABUKAR HAYO, L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale .....	16
G. DE FRANCESCO, In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte .....	28
C. PIERGALLINI, Note in tema di prevenzione del rischio-corrruzione nel contesto societario .....	53
F. SCHIAFFO, Sui «fondamenti esistenziali» dell'interpretazione giuridico-penale: un contributo tra opzioni ermeneutiche e prospettive integrate .....	64
A. DI MARTINO-L. RICCI, L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto .....	89
A. ROSANÒ, <i>The road not taken?</i> Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE .....	106
M. DI FLORIO, Brevi considerazioni sui rapporti nel diritto vivente tra interdittiva prefettizia e controllo giudiziario volontario dell'impresa in odor di mafia.....	122
R. BARTOLI, La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo .....	136
D. CASTRONUOVO, Garanti della sicurezza del lavoro e loro qualificazione alternativa come apicali o subordinati in ambito 231 ...	166
O. CALAVITA, La proposta di Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto.....	185

*Interventi e relazioni*

DI GIOVINE O., Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive .....223

*Opinioni*

C. PAONESSA, Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali .....241

A. VALLINI, Ecocidio: un giudice penale internazionale per i "crimini contro la terra"? Introduzione .....260

E. FRONZA, Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio .....264

A. NIETO MARTÌN, Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas .....277

**1/2021**

## APPROFONDIMENTI

### **NORMA PENALE E BIOSICUREZZA. OSSERVAZIONI SUL DIRITTO PUNITIVO EMERGENZIALE DI ULTIMA GENERAZIONE\***

di Andrea Francesco Tripodi

*Professore associato di diritto penale, Università di Macerata*

Lo scritto si sofferma sulle caratteristiche morfologiche dell'attuale norma punitiva emergenziale, evidenziandone specificità ed effetti. In questa prospettiva, l'analisi si sviluppa intorno ai temi della compatibilità dell'opzione politico-criminale con i diritti/libertà fondamentali del consociato, dell'interazione tra precetto e suo destinatario e della capacità dissuasiva della norma/sanzione.

The paper deals with the morphological characteristics of the current emergency punitive provision, highlighting its specific features and effects. In this perspective, the analysis focusses on the consistency of the political-criminal approach with the fundamental human rights and freedoms, on the interaction between the punitive provision and its recipients and on the dissuasive effect of provisions/sanctions.

SOMMARIO: 1. Note introduttive: la questione penale ai tempi del coronavirus. – 2. Norma incriminatrice e *tipo narrativo*. – 3. Norma incriminatrice e *balancing test*. – 4. Norma incriminatrice e misura di contenimento dell'epidemia. – 5. Effetti collaterali e concorrenti. – 5.1 Il *buon senso* quale criterio di delimitazione dell'ambito applicativo della norma punitiva. – 5.2 Effetto *boomerang* dell'inosservanza: davvero un potenziamento delle difese?

1. Il termine biosicurezza, nella sua accezione più ampia e di tipo funzionale, allude alla protezione delle condizioni di vita dall'azione di agenti biologici, chimici o fisici. Tale nozione sottende dunque l'esigenza di preservare lo stato di esseri viventi da fenomeni di inquinamento ambientale, attacchi biologici, epidemie.

D'altra parte, oggi, di fronte alla minaccia epidemica globale, la biosicurezza conosce anche una declinazione concettuale di tipo politico-filosofico, assurgendo, in questo senso e in un'accezione marcatamente critica, a paradigma di governo: una nuova manifestazione, motivata da necessità sanitarie, del cd. *Security State*, figura con la quale si fa riferimento a una politica limitativa delle libertà individuali fondata sull'emergenza terroristica<sup>1</sup>.

Giocando il diritto penale, inevitabilmente, un ruolo anche sul terreno del controllo della pandemia, ci proponiamo in questo scritto di indagare sul carattere morfologico della norma di

---

\* Saggio destinato al volume *Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insofera*.

<sup>1</sup> Cfr. G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata 2020, 59 ss., 77 ss., 82 ss., il quale, a sostegno della tesi per cui la sicurezza sanitaria sarebbe ormai destinata a diventare il perno delle strategie governative (in questo senso, la politica diverrebbe bio-politica, v. pure *infra* in nota 22), richiama anche le precedenti riflessioni di P. Zylberman, *Tempêtes microbiennes*, Paris 2013.

*diritto punitivo* come plasmata dalla legislazione emergenziale in atto. E a tal fine utilizzeremo una chiave di lettura forse inusuale, che però illumina il piano delle conseguenze: in particolare, quello di incidenza del diritto punitivo sulle situazioni giuridiche soggettive intese come diritti/libertà fondamentali. Pur consapevoli che il tema prescelto rappresenta solo uno dei risvolti della questione penale ai tempi del Covid-19, affiorando questa, secondo quanto già rilevato, nei settori – in particolare, sanitario<sup>2</sup> e della sicurezza sul lavoro<sup>3</sup> – più congeniali all’iscrizione della relativa responsabilità, in un contesto peraltro di scarsità di saperi, di incertezza sui meccanismi eziopatogenetici, che evoca in qualche modo il *topos* a volte abusato della “società del rischio”<sup>4</sup>. Una doverosa precisazione. Si è detto sopra *diritto punitivo* volendo significare la materia penale in senso esteso, secondo il noto concetto di matrice convenzionale, accolto in sede eurounitaria e oramai fatto proprio dalle giurisdizioni degli Stati membri<sup>5</sup>. E in effetti, come da più parti osservato, le sanzioni amministrative di questa legislazione emergenziale sembrano soddisfare i parametri – i cd. *Engel criteria* – di riconducibilità alla *matière pénale*<sup>6</sup>. Con l’effetto potenziale, dunque, di dilatare lo spettro contenutistico di alcune nostre considerazioni, *ab origine* e fondamentalmente calibrate sulla norma penale *stricto sensu*.

2. Se volessimo *narrare* una fattispecie incriminatrice, come se in essa si riflettesse un racconto<sup>7</sup>,

<sup>2</sup> Cfr., tra gli altri, i contributi di M. Caputo, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell’errore commesso in situazioni caratterizzate dall’emergenza e dalla scarsità di risorse*, in *La vita e le regole*, a cura di G. Forti, Milano 2020, 109 ss.; Id, *Logiche e modi dell’esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 22.6.2020; C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). 30.3.2020; A. Di Landro, *La colpa penale nel settore sanitario e i suoi possibili limiti: prime riflessioni a margine dell’emergenza covid-19*, in *La giustizia al tempo del coronavirus*, a cura di M. Caterini-S. Muleo, Pisa, 2020, 179 ss.; A. Gargani, *La gestione dell’emergenza covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *DPP* 7, 2020, 887; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 19.5.2020.

<sup>3</sup> Cfr., tra gli altri, i contributi di C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 15.6.2020; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 22.6.2020; V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 26.6.2020; D. Piva, *Contagi sul lavoro, i limiti necessari alla «colpa» penale*, in *Il Sole* 24 ore 5 giugno 2020, 30.

<sup>4</sup> U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1986 (trad. it. di W. Privitera, C. Sandrelli, G.C. Brioschi, M. Mascarino, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000); Id, *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt 1991.

Per un’analisi ad ampio spettro sul ruolo del diritto penale nella gestione della vicenda pandemica, si veda L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). 13.1.2021.

<sup>5</sup> Sul tema si rinvia ai recenti studi monografici di L. Maserà, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018 e F. Mazzacova, *Le pene nascoste*, Torino 2017.

<sup>6</sup> M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *RIDPP*, 2020, 509 ss.; C. Ruga Riva, *Il D.L. 25 marzo 2020, n.19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell’emergenza?*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 6.4.2020, 8.

<sup>7</sup> Proposito che può apparire forse eccentrico se guardato con la lente del giurista sensibile alla prospettiva storica, essendo la *narrazione* stessa (dalla quale emergesse il carattere immorale e dannoso del comportamento) l’unico modello definitorio del reato in epoca medievale, dove non si avevano testi legislativi o collezioni di precedenti

troveremmo, nel modello paradigmatico di questa narrazione, un protagonista “cattivo”, vale a dire il soggetto attivo del reato, il cui comportamento è sanzionato – secondo quantomeno gli archetipi della *violenza*, della *minaccia*, dell’*inganno* –, e uno “buono”, vale a dire la vittima (o le vittime) titolare dell’interesse che il fatto incriminato lede o pone in pericolo.

Lo stesso schema narrativo è utilizzabile per descrivere la legislazione criminale dei cosiddetti periodi emergenziali, con una specifica prerogativa. In queste contingenze il diritto penale, nel contesto della dialettica ossimorica in cui è sospeso, accentua la sua funzione di strumento di politica criminale, assumendo a protagonista “cattivo” della fattispecie un vero e proprio nemico *in quanto autore del fatto emergenziale*<sup>8</sup>, a tutto discapito di quella funzione che lo vuole *Magna Charta* del reo, col rischio di produrre una lesione dei relativi diritti fondamentali<sup>9</sup>. Così è, in particolare, nelle legislazioni dell’emergenza bellica o terroristica, rispetto alle quali la stessa CEDU (art. 15) consente di derogare (sul piano sostanziale e procedurale) agli obblighi convenzionali in nome della sopravvivenza dello Stato.

Peculiare è la normazione che caratterizza l’emergenza attuale. Un’emergenza che potremmo definire naturale-sanitaria, dove non esiste un nemico in carne ed ossa, visibile, da contrastare<sup>10</sup>.

Le norme punitive assistono le misure di contenimento ossia i divieti limitativi dell’esercizio delle libertà. La fattispecie incriminatrice è posta a tutela del bene-salute, di cui sono titolari tutti i consociati, ma i soggetti destinatari dell’incriminazione non sono dei particolari nemici – *come tali, autori del fatto emergenziale* –, bensì sono gli stessi e tutti i consociati – (*solo*) *veicoli del*

---

giudiziari; modello poi destinato per l’appunto a essere superato, con l’ingresso nella modernità, dal paradigma della *fattispecie* (su tale evoluzione, in sintesi, F. Picinali, *Le narrazioni nella giustizia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 15.10.2013; sul periodo medievale si rinvia a M. Meccarelli, *Tortura e Processo nei Sistemi Giuridici dei Territori della Chiesa: Il Punto di Vista Dottrinale (Secolo XVI)*, in *La Torture Judiciaire: Approches Historiques et Juridiques*, a cura di B. Durand, Lille 2002, 696). Perciò val la pena precisare che col metodo prospettato non intendiamo in alcun modo richiamare la dimensione contrappositiva tra crimine *narrato* e *Tatbestand* criminale, tantomeno le teorie delle *narrazioni come euristiche* sviluppatasi, in ambiente angloamericano, sul piano processuale ai fini della ricostruzione del fatto (cfr. ancora, F. Picinali, *op. cit.*), piuttosto, molto più semplicemente, vogliamo far aggallare, attraverso l’artificio concettuale ritenuto più funzionale, consistente nella “diluizione” del *tipo* in un fatto narrato, le peculiarità del penale e più in generale del diritto punitivo dell’attuale periodo emergenziale.

<sup>8</sup> Sulla legislazione cd. emergenziale, quale espressione del diritto penale del nemico, si veda D. Falcinelli, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova 2015, 27 ss. In generale, sulle caratteristiche del diritto penale emergenziale, si vedano la sempre attuale indagine di S. Moccia, *La perenne emergenza*, Napoli, pubblicata per la prima volta nel 1997 e, per molti tratti, il volume a cura di G. Insolera, AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, Padova 2006. Per la concettualizzazione teorica del cd. *diritto penale del nemico* si rinvia a G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.; Id., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di A. Eser – W. Hassemer – B. Burkhardt, Monaco 2000, 51 ss.; nella letteratura italiana, cfr., per tutti, M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *CP*, 2006, 735 ss.; T. Padovani, corso di lezioni su *Diritto penale del nemico*, Pisa 2014; e, da ultimo, nell’ambito di una riflessione aggiornata, F. Palazzo, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *RIDPP* 2020, 701 ss.

<sup>9</sup> Si sofferma su tale effetto, tra gli altri, G. Insolera, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell’emergenza*, in *CrD* 2003, 19 ss.

<sup>10</sup> Lo sottolinea G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 2.4.2020.

*fatto emergenziale* –: dello stesso “genere”, dunque, ovvero dalla stessa “parte”, di quelli che si vuole proteggere. Ci sembra infatti improprio assumere costoro a *nemici* in quanto possibili *untori*: se tutti, come potenziali untori, fossero potenziali nemici, nessuno in fondo sarebbe tale (o, al limite, tutti lo sarebbero reciprocamente), presupponendo la relazione nemicale un’antitesi soggettiva<sup>11</sup>.

Si registra, allora, una sorta di metamorfosi dello schema narrativo tipico del *penale* dei periodi emergenziali. In presenza di un nemico invisibile, non in carne e ossa, che, volendo, potrebbe identificarsi con la stessa natura<sup>12</sup>, si perde – nella struttura morfologica della norma e nella sua narrazione – quella particolare contrapposizione che vede la penalità emergenziale dirigersi contro un (protagonista “cattivo”-)nemico, che minaccia il consociato, e la fattispecie si ripiega su se stessa: il consociato è lo stesso soggetto (protagonista “cattivo”) da cui proviene la minaccia per l’insieme dei consociati (protagonisti-“buoni”).

Quali le conseguenze di questa configurazione? Evidentemente, una maggiore sensibilità nei confronti del rischio che dall’opzione punitiva derivi una violazione dei diritti fondamentali. Rischio, invero, più tollerato quando il protagonista-“cattivo” è *altro da noi*, è il nemico ovvero l’autore dello stesso fatto emergenziale, piuttosto che *uno di noi* colpevolmente *irresponsabile*.

E, in effetti, di pericolo per i diritti fondamentali oggi si parla, nonostante si abbia ben chiaro per quali fini venga attivata la loro compressione. Di modo che si avrebbe pure la tentazione di relegare il diritto altrove, tenerlo fuori dalla scena, spiegare che questi non sono tempi per problematizzare le scelte su questo piano, che il diritto non dovrebbe prendersi troppo sul serio in questa tragica

<sup>11</sup> Allo stesso modo non pare corretto catalogare questa legislazione emergenziale tra quelle *populiste*, sul presupposto, su cui a breve torneremo nel testo, del rischio di violazione dei diritti fondamentali che ad essa si accompagna.

Del populismo penale non si rinvergono i classici tratti: in particolare, la strumentalizzazione politica del diritto penale, riflessa nel processo circolare che vede il legislatore iniettare quote di paura nel tessuto sociale, enfatizzando il rischio di criminalità, così da giustificare la politica criminale interventista; e, tantomeno, come già spiegato, la direzionalità di tale intervento verso un nemico identificato con specifiche categorie sociali.

Sul fenomeno del populismo penale, cfr., in ordine di tempo e senza pretesa di esaustività, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim* 2013, 95 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Crim* 2014, 197 ss. E più di recente, oltre ai lavori contenuti in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 21.12.2016, cfr. G. Forti, *Una prospettiva “diabolicamente” umana sul rapporto tra norma e sanzione nell’ordinamento penale*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G. L. Gatta, Milano 2018, 201 ss.; Id., *La cura delle norme*, Milano 2018, 113 ss.; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019; G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa 2019; V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzia e diritti fondamentali come presidio della giurisdizione*, in *QuestG* 2019, 86; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 73 ss.; volendo, A. F. Tripodi, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2019, 263 ss.; e, da ultimo, E. Amati, *L’enigma penale*, Torino 2020. Nella letteratura straniera, per tutti, D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris 2005; J. Pratt, *Penal populism*, London and New York 2007.

<sup>12</sup> Quella che può apparire oggi come un’affermazione quasi banale affonda in realtà le radici nella tesi, esposta nel 1926, da L. Bolk, *Il problema dell’ominazione*, a cura di R. Bonito Oliva, Roma 2006, il quale riteneva che la specie umana nel suo evolversi, piuttosto che progredire nell’adattamento all’ambiente, cercherebbe di adeguare quest’ultimo all’uomo, con l’effetto reattivo, a lungo andare, di determinare la propria (auto-)distruzione. Ciò che peraltro evoca in qualche modo la famosa profezia di F. Nietzsche, contenuta in *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen* I ed. 1983-1985, secondo cui l’uomo perirà in ragione delle sue virtù (v. F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, Milano 1986).

situazione. Ma il diritto, anche lo *ius terribile*, è ponderazione di interessi e, dunque, in questa specifica prospettiva, *di diritto* è necessario continuare a parlare<sup>13</sup>, avendo ben chiari i pesi della bilancia: da un lato, la salute, che in questo caso può significare la stessa vita di tutti noi; dall'altro, la limitazione delle nostre libertà presidiata dalla sanzione.

3. Ci si imbatte, allora, in una gamma di requisiti di compatibilità costituzionale/convenzionale che consentono invero di giustiziare la scelta politico-criminale e che, semplificando, culminano nel giudizio di proporzione in senso *materiale*<sup>14</sup> (declinato – secondo l'impostazione di matrice tedesca<sup>15</sup>, seguita in altri ordinamenti<sup>16</sup>, nonché nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE<sup>17</sup> e della Corte Edu<sup>18</sup> – nei tre sotto-criteri dell'*idoneità* al perseguimento dello scopo, della *necessarietà* della tipologia del mezzo prescelto e dell'*adeguatezza o proporzione in senso stretto* della norma penale<sup>19</sup>), e si specificano attraverso il riconoscimento nelle Carte di restrizioni

<sup>13</sup> Evoca l'«imbarazzo» del giurista, chiamato a complesse operazioni di bilanciamento «nell'emergenza, nello stato d'eccezione», D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 10.5.2020, 1.

<sup>14</sup> L'accezione *materiale* lo distingue dal principio di proporzione in senso *formale*, dove il giudizio è circoscritto alla proporzionalità della reazione sanzionatoria. Sulle diverse prospettive entro cui collocare il contenuto della proporzione si rinvia a C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *DPenCont* 1/2012, 115.

<sup>15</sup> Si veda la trama argomentativa della decisione della Corte costituzionale tedesca sul reato di incesto pubblicata in *RIDPP* 2009, 2091, con nota di G. Dodaro, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*. Più in generale, per una disamina del *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, si rinvia a E. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano 2005, 278 ss. Da ultimo, cfr. la decisione del giudice costituzionale tedesco del 26.2.2020 (BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020) in materia di aiuto al suicidio per la quale si rinvia a L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti supreme e salute* 2020, 59 ss.; G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 11.6.2020; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it) 26.5.2020; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in *DPenCont* 2/2020, 63 ss.; L. Riscato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 15.3.2020.

<sup>16</sup> Ad esempio quello spagnolo, per il quale si vedano S. Mir Puig, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, a cura di J. C. Carbonell Mateu *et al.*, Valencia 2009, 1357 ss.; T. Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid 1999.

<sup>17</sup> Per la giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., *ex multis*, K. Lenaerts-P. Van Nuffel, *European Union Law*, London, 3a ed., 2011, 141 ss.; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, New York 2006, 136 ss.

<sup>18</sup> Per la giurisprudenza della Corte EDU cfr., *ex multis*, B. Baade, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess*, Berlin 2017; J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009. E nella specifica prospettiva penalistica G. De Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007, 34 ss.

<sup>19</sup> Criteri talvolta preceduti da un'ulteriore valutazione in ordine all'ammissibilità del mezzo e dello scopo perseguito dalla disposizione, che deve coincidere con un pubblico interesse.

Sul principio di proporzione in senso materiale, nella letteratura straniera, si vedano, per tutti, J. Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden 2014, 544 ss.; I. Appel, *Verfassung und Strafe*, Berlin 1998, 171 ss.; O. Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der*

giustificate a determinate libertà in ragione della tutela della salute (si pensi all'art. 16 Cost., all'art. 2 Prot. 4 CEDU in materia di libertà di circolazione, all'art. 5 CEDU, dove si richiama proprio l'ipotesi della quarantena in relazione alla privazione della propria libertà).

Giustificazioni, queste, che tuttavia non possono prescindere dal vaglio di proporzione, quale copertura comunque necessaria per la legittimità della scelta. La dottrina più moderna dei diritti fondamentali adotta, infatti, un approccio bifasico: ai fini della legittimità della scelta politico-criminale (con cui si presidia la misura) limitativa della libertà, non basta la ricorrenza della situazione tipizzata nella norma giustificatrice, ma occorre comunque il riscontro positivo in termini di proporzionalità<sup>20</sup>. Partiamo, dunque, da quest'ultimo.

In breve e concentrandoci sul terzo livello di articolazione di giudizio: ossia il criterio *della proporzione in senso stretto* della norma penale, che particolare interesse ha suscitato sul piano delle scelte di criminalizzazione. Occorre porre un problema di proporzione tra il progetto di tutela penale dell'interesse incorporato nella norma incriminatrice (*id est*, la salute pubblica, la vita) e la compressione del diritto conseguente alla scelta di penalizzazione (determinate libertà costituzionali comprese dall'incriminazione della trasgressione delle misure di contenimento che ne vietano l'esercizio)<sup>21</sup>. Problema in qualche modo acuito dal dato, sopra richiamato, per cui i titolari di questi diritti-libertà, vale a dire i destinatari dell'incriminazione, sono gli stessi soggetti titolari del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e non, secondo quanto avviene per altre tipologie di legislazioni emergenziali, pericolosi nemici dell'ordine pubblico.

Al riguardo, si può ritenere che la ponderazione tra interessi pur sempre di rilievo costituzionale che connota la scelta legislativa – il cd. *balancing test*, per dirla col linguaggio delle Corti europee, interno all'opzione politico-criminale – sia probabilmente di per sé plausibile e dunque legittima. Dovrebbe (pre-)valere il *primum vivere*, che a dire il vero sembra qualcosa di più ampio della cd. *nuda vita*, nell'accezione negativa di mera esistenza biologica elaborata dal pensiero filosofico<sup>22</sup>,

---

*Vorfelddriminalisierung*, Tübingen 1996, 467 ss.; in quella italiana, in ordine di tempo, V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012, 144 ss.; Id, *I principi penalistici nel network multilivello: judicial transplant, palingenesi, cross-fertilization*, in *RIDPP* 2012, 852 ss.; e, ancor prima, Id, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, 283 ss.; A. M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino 2010, 36 ss.; Id, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *RIDPP* 1999, 480; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale*, Napoli 2018, 208 ss.; C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, cit., 114 ss.; Id, *Le regole dell'incoerenza*, Roma 2012, 131 ss.; e, da ultimo, per un'aggiornata indagine sul tema, con ampi riferimenti a singole ipotesi problematiche e richiami alla stessa giurisprudenza costituzionale italiana, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino 2020, 122 ss.

<sup>20</sup> Per tale metodo di giudizio si rinvia al lavoro monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 77 ss.

<sup>21</sup> Per una riflessione generale sul bilanciamento tra diritti fondamentali nel contesto dell'attuale emergenza sanitaria, si vedano J. Habermas - K. Günter, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, in *Giustizia insieme* 30.5.2020, traduzione e nota di V. Militello.

Evidenza come le condotte ritenute indesiderabili e perciò vietate (ad es., uscire di casa) non abbiano un'alternativa lecita disgiunta o antitetica (ad es., stare in casa), rientrando pur sempre in un contesto di normale quotidianità sociale, G. De Francesco, *Dimensioni giuridiche e implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 23.4.2020, 3 ss.

<sup>22</sup> Ci riferiamo alla formula al centro del pensiero di G. Agamben (cfr. Id, *Il potere sovrano e la nuda vita*. Homo sacer, Torino 2005; più in generale, si rinvia alla raccolta, Id, *Homo sacer Edizione integrale (1995-2015)*, Macerata 2018) che ricorre anche nel suo recente *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, cit., 25, 41, 54, con la quale il

se si tiene conto della (e si confidi nella) contingenza della compressione di determinate libertà, al cui rinnovato esercizio la stessa *nuda vita*, così preservata, è pur sempre strumentale. Ma di certo la scelta risulta ammissibile nel momento in cui si prende atto della rilevanza da riconoscere nella valutazione, da un lato, al paradigma *solidaristico*<sup>23</sup>, anch'esso di rilievo costituzionale, la cui interazione nella ponderazione, fa pendere decisamente l'ago della bilancia a favore della salute; dall'altro, e al contempo, alla graduazione della responsabilità che può apprezzarsi nella configurazione del sistema punitivo: non ogni trasgressione è *penale*, ma solo quella in cui si manifesta una maggiore pericolosità; e, peraltro, in forma contravvenzionale, ferma restando, in direzione progressiva dell'offesa, la configurabilità di reati-delitti più pregnanti.

In sintesi e a uno sguardo complessivo (che non indugia sulle previsioni dell'iniziale d.l. n. 6 del 2020<sup>24</sup> superate dagli atti normativi successivi) siamo in presenza di un sistema piramidale così articolato<sup>25</sup>.

Alla base, un illecito amministrativo definibile come di *inosservanza delle varie misure di contenimento* (art. 4, comma 1, d.l. n. 19 del 2020<sup>26</sup> e, relativamente alla disciplina del periodo corrispondente alla cosiddetta "fase 2", art. 2, comma 1, d.l. n. 33 del 2020<sup>27</sup>) adottate attraverso d.p.c.m (o anche mediante ordinanze regionali o del Ministero della Salute)<sup>28</sup>, presidiato da una sanzione pecuniaria da 400 euro fino a (originariamente 3000 euro, ma in sede di conversione del d.l. n. 19 del 2020 divenuti) 1000 euro o interdittiva in particolari ipotesi di esercizio di attività commerciali e con riserva di applicazione della sanzione penale nell'ipotesi in cui la violazione integri un reato, ciò che avviene ad esempio per il reato contravvenzionale di seguito descritto (ma non per l'art. 650 Cp, espressamente escluso).

Quindi, un reato contravvenzionale, con arresto da 3 a 18 mesi e congiuntamente ammenda da 500 a 5000 euro (in ragione del rinvio *quoad poenam* all'art. 260 del t.u. leggi sanitarie del 1938, la cui cornice editale è stata modificata) – dunque, non oblabile –, che possiamo chiamare di *inosservanza della quarantena* (art. 4, comma 6, d.l. n.19 del 2020 e, relativamente alla disciplina del periodo corrispondente alla cosiddetta "fase 2", art. 2, comma 3, d.l. n. 33 del 2020), ossia della misura di contenimento individuata dal *divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o*

---

filosofo allude a una forma di "credo" assoluto, impregnante nella società dei nostri tempi, nella mera esistenza biologica, sul cui altare – dunque, oggi, per evitare il contagio – si sarebbe disposti appunto a sacrificare le normali condizioni di vita (i rapporti sociali, il lavoro, le amicizie, gli affetti ecc.) e la cui genesi è individuata nell'avvenuta scissione della nostra esperienza vitale in una dimensione puramente biologica e in una affettiva e culturale. Tale scissione, realizzata per scopi salvifici dalla scienza medica moderna attraverso i dispositivi di rianimazione, avrebbe oramai oltrepassato tali confini per divenire un *habitus* sociale, un «principio di comportamento», imposto da una «tecnologia di governo che in nome della salute pubblica fa accettare delle condizioni di vita che eliminano puramente e semplicemente ogni possibile attività politica» (così, G. Agamben, *A che punto siamo*, cit., 55 e 57).

<sup>23</sup> Vi pone l'accento G. De Francesco, *op. cit.*, 5 ss.

<sup>24</sup> Per il quale si veda F. Helferich, *Contatto e contagio. Il diritto penale e le misure di contenimento del coronavirus*, in *Sist. pen.*, 12/2020, 27 ss., a cui, più in generale, si rinvia per un dettagliato commento delle discipline succedutesi nel tempo.

<sup>25</sup> Per una sottolineatura dei profili di «scalarità dell'offesa» si veda C. Cupelli, *op. cit.*

<sup>26</sup> Convertito con modificazioni nella l. 22.5.2020 n. 35.

<sup>27</sup> Convertito con modificazioni nella l. 14.7.2020 n. 74.

<sup>28</sup> Sulla problematica connessa al rinvio sublegislativo cfr. G. L. Gatta., *Emergenza Covid-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *www.sistemapenale.it*, 18.5.2020.

*dimora per le persone sottoposte a quarantena in quanto risultate positive al virus* (art. 1, comma 2, lett. e, d.l. n.19 del 2020 e art. 1, comma 6, d.l. n. 33 del 2020). Da notarsi come, invece, in nome della scala di progressione offensiva del fatto, la diversa misura della quarantena precauzionale (indicata alla lett. d dell’art. 1, comma 2, del d.l. n.19 del 2020 e al comma 7 dell’art. 1 del d.l. n. 33 del 2020), che riguarda i soggetti che hanno avuto stretti contatti con i malati (e nella “fase 1” anche quelli provenienti dall’estero), è assistita dalla sanzione amministrativa di cui sopra.

Infine, senza addentrarci nei problemi collegati alla rilevanza penale delle false attestazioni rese nella compilazione dei moduli autodichiarazione richiesti per gli spostamenti<sup>29</sup>, il vertice della piramide. Il reato contravvenzionale (in entrambe le configurazioni relative alle due diverse fasi dell’emergenza) si apre con una clausola di riserva a favore dell’art. 452 Cp, che pone i riflettori sul delitto di epidemia colposa<sup>30</sup>, o comunque di altro più grave reato: si pensi alle lesioni colpose o allo stesso omicidio colposo (o eventualmente agli stessi reati, compreso quello di epidemia, in forma dolosa). Un contesto, quello verticistico, di evidente problematicità quanto alla dimostrazione della necessaria dinamica causale<sup>31</sup>, ma nel quale, nondimeno, potrebbero celarsi prodromi di potenziali pandemie giudiziarie<sup>32</sup>.

4. Effettuato, pur con le indispensabili semplificazioni, il *test* di proporzionalità, soffermiamoci ora, sempre nell’ottica della valutazione di legittimità – per vero, “indiretta” – delle incriminazioni, sulla singola misura di contenimento, la cui violazione è penalmente sanzionata, interrogandoci sulla compatibilità con le norme delle Carte che giustificano, al ricorrere di determinate condizioni, la limitazione delle libertà. L’esito dell’analisi si riflette infatti sulla configurabilità del reato, la quale dipende evidentemente dalla legittimità dell’ordine presidiato penalmente<sup>33</sup>.

Un problema può di certo porsi rispetto al reato di *inosservanza della quarantena*, quando, seguendo la traccia di più voci, si concepisca la misura della quarantena come tipica misura restrittiva della libertà personale (in specie, rimarcando l’assolutezza del divieto di allontanamento in cui si sostanzia, che appunto, diversamente dal divieto di libertà di circolazione, non conosce nella disciplina alcuna deroga)<sup>34</sup>. Ne conseguirebbe, *ex art.* 13 Cost., la necessità della previsione

<sup>29</sup> Sul punto cfr., per tutti, M. Pelissero, *op. cit.*, 513-521, che sottolinea, in questa prospettiva, i limiti applicativi del sistema penale dei falsi.

<sup>30</sup> Sul delitto di epidemia si veda A. Gargani, *Reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IX, t. II, Milano 2013, 203 ss.; e, da ultimo, anche nella prospettiva della diffusione del virus Covid-19, S. Raffaele, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un’analisi critica della giurisprudenza*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 18.12.2020.

<sup>31</sup> Cfr., D. Castronuovo, *op. cit.*, 5 ss.; e, ancora, M. Pelissero, *op. cit.*, 525 ss., che richiama anche la complessità che involge l’accertamento della colpa. Per una più ampia riflessione circa la possibilità di prevedere figure alternative al paradigma del diritto penale d’evento, A. Gargani, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 9.9.2020.

<sup>32</sup> Sul panpenalismo collegato al rischio di un «debordante attivismo della magistratura requirente» si sofferma D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.4.2020, 9.

<sup>33</sup> Cfr. sul punto G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, cit.

<sup>34</sup> Cfr. G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*,

legislativa dei casi e dei modi in cui la misura può essere applicata (riserva di legge), nonché del provvedimento dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione), quantomeno nella forma della successiva convalida. Il sistema, in effetti, prima del d.l. n. 33 del 2020, ossia della normativa pertinente alla “fase 2” dell'emergenza, sembrava in quest'ottica carente: non si rinveniva una disciplina organica della misura – v'erano dubbi, ad esempio, su chi potesse disporla<sup>35</sup> e solo la normativa secondaria ne precisava la durata (quattordici giorni) –, né la richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria. In questa prospettiva, come anticipato, sarebbe allora venuto meno un requisito implicito della fattispecie contravvenzionale: la legittimità della misura.

Il d.l. n. 33 del 2020 (art. 1, comma 6) ha fornito elementi di disciplina. Sono stati così specificati, per via di un atto avente forza di legge, modo (provvedimento amministrativo dell'autorità sanitaria) e durata (il divieto di mobilità permane fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura) di applicazione della quarantena, con l'effetto di ridimensionare la problematizzazione della normativa quantomeno nella prospettiva della prima delle due riserve prescritte dalla carta costituzionale<sup>36</sup>.

Resta la questione della garanzia del controllo giurisdizionale del provvedimento, che trova risposta nella (sola) possibilità di ricorrere alla giustizia amministrativa contro il provvedimento dispositivo, ma non nella previsione di una procedura di convalida nei tempi e nei modi stabiliti dall'art. 13 Cost.<sup>37</sup>. E tuttavia, tenuto conto che l'orientamento più esigente muove dall'assimilazione della restrizione da quarantena a quella da trattamento sanitario obbligatorio (TSO), si deve sottolineare come quel tipo di trattamento richieda l'intervento giudiziale in funzione di garanzia rispetto a possibili abusi che potrebbero essere favoriti da una valutazione di per sé discrezionale rispetto a campi altamente delicati (qual è la salute mentale del paziente). Nel nostro caso quest'ampia discrezionalità valutativa non sussiste: la positività al virus è tale *sic et simpliciter*<sup>38</sup>.

Ad ogni modo, risalendo all'origine della questione e facendo leva sulla dottrina

---

in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.4.2020; M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) 4/2020, 21 ss.; A. Cavaliere, *Appunti di diritto penale alla prova del “coronavirus”*, in *La giustizia al tempo del coronavirus*, cit., p. 84 ss.; M. Pelissero, *op. cit.*, 511 ss.

<sup>35</sup> Nel senso dell'esclusione della necessità di un provvedimento individuale, trattandosi di una misura disposta direttamente dalla legge sulla base di una situazione di fatto (ossia, la positività al virus), di modo che non verrebbe in rilievo la libertà da coercizione fisica in concreto, bensì la libertà da restrizione previste normativamente in via generale, M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) 7.4.2020; D. Pulitanò, *op. cit.*, 4.

<sup>36</sup> Hanno ritenuto comunque deficitaria la disciplina G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e “fase 2”*, cit. e M. Pelissero, *op. cit.*, 512.

Si deve aggiungere per completezza che, in data 12 ottobre 2020, il Ministero della Salute ha emanato una Circolare recante “*Indicazioni per la durata e il termine dell'isolamento e della quarantena*”, nella quale, tenuto conto delle nuove evidenze scientifiche e dell'evolversi della pandemia, è fornita una disciplina distinta a seconda delle varie condizioni di positività rilevate (sintomatica, asintomatica, a lungo termine) e si regolamenta in maniera più puntuale la quarantena precauzionale. Cfr. F. Helferich, *op. cit.*, 42-43.

<sup>37</sup> Pur riconoscendo la significativa incidenza della misura sulla libertà personale del consociato, rileva come il carattere dei suoi presupposti operativi e le prerogative correlate alla tempistica lascino poco spazio per un'ipotesi di intervento giurisdizionale, S. Fiore, “*Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano*”. *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. pen.* 11/2020, 8.

<sup>38</sup> Così M. Bignami, *op. cit.*

costituzionalistica, si può porre in discussione la stessa riconduzione della misura della quarantena nello spettro concettuale dell'art. 13 Cost. Soccrono, infatti, argomenti che si appuntano sul concetto di libertà – e correlativamente sul fenomeno della sua restrizione – rilevante ai sensi della richiamata disposizione costituzionale. Libertà, quella dell'art. 13 Cost., per taluni presupponente un giudizio moralmente negativo sul soggetto attinto dalla misura restrittiva<sup>39</sup>, ciò che non è dato rinvenire nella nostra ipotesi; per altri, significativa, nella sua essenza, della sottrazione alla coazione/coercizione fisica<sup>40</sup>, profilo anch'esso assente nella nostra situazione.

5. Dall'angolazione da cui muovono queste brevi note si è ritenuto di poter identificare il principale effetto della peculiare configurazione morfologica della norma punitiva anti-Covid con l'accentuazione della sensibilità al rischio di lesione dei diritti fondamentali dei consociati.

Val la pena infine interrogarsi sulla presenza di ulteriori effetti: collaterali a quello assunto come principale, ossia strettamente collegati alla centralità rivestita nell'analisi dal tema della compressione delle libertà, o comunque incidenti su altre dimensioni fenomenologiche della norma.

5.1. Con riferimento all'illecito amministrativo è balzata agli occhi una certa genericità nella definizione dello spettro dei divieti – basti pensare, quanto agli spostamenti consentiti, ai riferimenti alla *prossimità della propria abitazione*, alle locuzioni *necessità o congiunti* –, la cui violazione, in specie nella “fase 1”, era oggetto di sanzione.

Profili di indeterminatezza inevitabili, dato il modello normativo di tipo (fondamentalmente) precauzionale prescelto, volto a riconoscere margini di flessibilità valutativa e dunque a dar ingresso al *buon senso*<sup>41</sup>. Insomma, uno scenario che, se vogliamo, può prestarsi ad abusi da un lato, ossia in chiave autoritaristica, e dall'altro, ossia *in bonam partem*, con relativa composizione – e giocoforza tollerabilità – rimessa appunto al *buon senso* di ciascuno di noi.

Volendo, analoghe considerazioni potrebbero trovare spazio con riferimento alla stessa fattispecie penale di inosservanza della quarantena, dove la condotta incriminata è descritta ora come *allontanamento* dalla propria abitazione o dimora (d.l. n.19/2020), ora mediante il richiamo alla *mobilità* dagli stessi luoghi (d.l. n. 33/2020), senza dunque l'indicazione di una soglia metrica che dia forma precisa all'inosservanza<sup>42</sup>; sebbene qui i dubbi interpretativi non interessino *direttamente* l'area concettuale del *consentito*, ma riguardino *immediatamente* il perimetro della condotta (*di pericolo*) vietata, di modo che pare più congruo, onde evitare letture formalistiche, chiamare in gioco il principio di offensività<sup>43</sup> ovvero, per dirlo in altra maniera, far refluire la valutazione secondo *buon senso* nei binari concettuali della *necessaria offensività del reato*.

<sup>39</sup> A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1971, 121.

<sup>40</sup> M. Luciani, *Salute*, I, *Diritto alla salute – dir. cost.*, in EG., XXVII, Roma, 1991, 10.

<sup>41</sup> Così R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 24.4.2020, 10; G. De Francesco, *op. cit.*, 5.

<sup>42</sup> Cfr. S. Fiore, *op. cit.*, 15.

<sup>43</sup> Così, sempre, S. Fiore, *op. cit.*, 15 ss.; e, più in generale, G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu) 20.3.2020, 13 ss.

Ad ogni modo, il rilievo di indeterminatezza trova ridimensionamento anche nella riflessione di chi, riconducendo la disciplina punitiva in esame a un modello teso principalmente a promuovere l'idea di essere nel giusto in coloro che la rispettano e dunque a perseguire l'osservanza in sé dei divieti, traduce il messaggio della norma nel senso di demandare ai suoi stessi destinatari la perimetrazione del proprio spazio di libertà, così che la relativa sanzionabilità rimarrebbe circoscritta alle sole violazioni di carattere macroscopico<sup>44</sup>. Una sorta di giustizia affidata alla responsabilità sociale o, se si vuole, di tipo a suo modo partecipativo, in cui cioè lo stesso consociato contribuisce direttamente, col *buon senso*, a tracciare il confine tra lecito e illecito rispetto a una norma posta. L'ipotesi, allora, che si fa strada è quella della prospettabilità di tale aspetto in termini di corollario della struttura morfologica della norma punitiva del periodo emergenziale in esame.

La richiamata commistione di “genere” tra soggetti attivo e passivo dell'illecito, insieme con la pronunciata percezione del rischio lesivo dei diritti fondamentali conseguente a una tale configurazione del divieto, potrebbero aver generato questo singolare processo di autodemarkazione post-legislativa – ad opera, cioè, dello stesso consociato destinatario del precetto già posto – dello spazio di liceità del proprio agire, che si manifesta quantomeno negli illeciti punitivi di minore gravità. Volendo, una singolare forma di bilanciamento di secondo grado *in action*, di cui si fa autore lo stesso consociato attraverso il proprio *buon senso*.

5.2. Ulteriore tratto caratterizzante i precetti in esame è l'effetto *boomerang* riferibile alla singola trasgressione. Nel senso, cioè, che la violazione di molte misure di contenimento può ripercuotersi sullo stesso autore della violazione, determinandone il contagio. Come a dire, l'osservanza della regola tutela non solo *gli altri* ma anche *se stessi*<sup>45</sup>. Ciò che, a ben vedere, dovrebbe rinforzare l'efficacia general-preventiva della norma/sanzione nell'ambito di un sistema in cui non mancano risvolti di carattere simbolico quantomeno sul piano della minaccia strettamente penalistica, dove, tenendo conto della limitata capacità dissuasiva generalmente ascritta a un'ipotesi contravvenzionale sia pure non oblabile e della ritenuta marginalità delle falsità documentali, si finisce per fare affidamento su figure di reati gravati dalla complessità che avvolge la dimostrazione della necessaria dinamica causale<sup>46</sup>.

D'altra parte, l'ipotesi di amplificazione della capacità di prevenzione generale potrebbe essere controbilanciata dal rilievo di non risolutività dell'osservanza dei precetti ai fini del controllo del contagio. Detto altrimenti, un comportamento conforme alla regola non esclude la possibilità di trasmissione del virus: sia a danno *proprio* sia a danno degli *altri*. Ciò che, evidentemente, oltre a far risaltare maggiormente la problematicità dell'opzione politico-criminale nell'ottica della

<sup>44</sup> C. Sotis, *Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva*, in *Società e diritti* 10/2020, 130 ss.

<sup>45</sup> Richiama tale profilo nell'ambito della sottolineatura della specificità della dimensione intersoggettiva postulata dal modello di tutela adottato, G. De Francesco, *op. cit.*, 3.

Si sofferma sul «contagio virtuoso» derivante dal comune rispetto delle regole, G. Rotolo, *Senza pietre non c'è arco. A proposito di osservanza delle regole per solidarietà, responsabilità ed empatia*, in *La vita e le regole*, a cura di G. Forti, cit., 72.

<sup>46</sup> Sui rischi di ineffettività dell'intero sistema sanzionatorio, diffusamente, D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *AP web* 1/2020, 11 ss.

compressione delle libertà ad essa conseguente, non può che indebolire la forza dissuasiva della norma<sup>47</sup>. Del resto, in base ai dati ufficiali, i numeri delle violazioni non sembrano comunque irrilevanti<sup>48</sup>.

Insomma, benché ad ora non sia possibile trarre un bilancio definitivo, è plausibile ipotizzare su questo piano l'incidenza di spinte contrapposte. Aspetto che dunque andrebbe ad arricchire la gamma di specificità dell'odierno diritto punitivo emergenziale, contribuendo a riempire quella pagina di *diritto della biosicurezza* che, pur auspicando si chiuda al più presto, reclama, attese le sue prerogative e in ragione del concreto rischio di future pandemie, la massima attenzione.

---

<sup>47</sup> Sulla peculiarità della relazione che si instaura tra componente comportamentale e fenomeno contrastato, nonché sulle relative ripercussioni in termini di portata general-preventiva della sanzione, cfr. F. Helferich, *op.cit.*, p. 25

<sup>48</sup> Cfr. i *report* consultabili sul sito del Ministero dell'interno e i cui dati, per periodo, sono riportati anche da S. Fiore, *op. cit.*, p.7 in nota 2 e in *Sist. pen.*, 5.11.2020 con segnalazione di F. Lazzeri.