

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

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

ANGELA DELLA BELLA

IL LEGISLATORE PENALE DI FRONTE ALL'EMERGENZA SANITARIA

**PRINCIPI PENALISTICI
ALLA PROVA DEL COVID-19**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

schio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie, e (ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata”². Sempre da tale Regolamento si ricava che gli elementi che fondano la decisione dell’OMS di effettuare la Dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale sono, oltre al carattere insolito o inaspettato dell’evento, la gravità dell’impatto sulla sanità pubblica e la capacità della malattia di diffondersi rapidamente a livello internazionale. Benché nel preambolo del Regolamento dell’OMS si affermi che un’emergenza sanitaria potrebbe sussistere anche nel caso di diffusione di una malattia originata dal rilascio accidentale o deliberato di agenti biologici, chimici o radio-nucleari dannosi per la salute, di fatto sino ad oggi le emergenze sanitarie internazionali dichiarate dall’OMS sono state emergenze sanitarie pandemiche, riguardando la diffusione di malattie infettive³.

Nell’ordinamento italiano non esiste una definizione normativa di ‘emergenza sanitaria’, ma essa può ricavarsi dalla Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 con cui si è dato inizio allo ‘stato di emergenza nazionale’ nel nostro Paese⁴. In particolare, tale Delibera (adottata il giorno successivo alla Dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica dell’OMS) ha ritenuto sussistente lo stato di emergenza in considerazione dei “rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l’Italia” e che impongono “l’assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale”.

Fanno riferimento al Regolamento dell’OMS anche ordinamenti

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEZIONE I

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

CAPITOLO 1

I DIVERSI MODELLI DI CONTENIMENTO DEL CONTAGIO NELL'ESPERIENZA INTERNAZIONALE

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

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

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

Una settimana dopo l'OMS annunciava che le autorità sanitarie cinesi avevano identificato un nuovo *virus*, denominato "SARS-CoV-2", ritenuto responsabile del focolaio epidemico. L'ipotesi, fondata ma ancora in via di conferma definitiva, è che l'infezione abbia avuto origine in un vivace *wet-market* di Wuhan, ove si vendeva fauna selvatica e dove sarebbe presumibilmente avvenuto lo *spillover*, ossia il passaggio del *virus* dalla specie animale 'serbatoio' (presumibilmente una certa famiglia di pipistrelli) all'uomo¹.

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

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

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

In un brevissimo lasso di tempo, il *virus* varcava il confine della Cina e si diffondeva in Thailandia, Corea, Giappone². Il 30 gennaio 2020 l'OMS, in considerazione della rapidissima propagazione del contagio³ e della severità della malattia, rivelatasi in non pochi casi letale⁴, dichiarava lo stato di emergenza sanitaria internazionale, esortando caldamente gli Stati ad adottare le necessarie misure di contenimento per contrastare la diffusione del *virus*⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

proprie politiche di contrasto alla pandemia sono state molto diversificate, a seconda che si sia maggiormente posto l'accento sulla salvaguardia della vita e della salute dei soggetti esposti ai rischi pandemici, ovvero sulla tutela dei diritti e delle libertà individuali⁷.

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

1.1. Il 'modello cinese' della tolleranza zero

Un primo atteggiamento può essere definito di 'tolleranza zero' verso il *virus*: negli ordinamenti che hanno adottato questo modello – il riferimento è *in primis* alla Repubblica popolare cinese – l'obiettivo della riduzione, anzi potremmo dire, in questo caso, dell'azzeramento dei contagi è stato perseguito 'a tutti i costi', senza considerazione cioè dei sacrifici imposti ai diritti e alle libertà individuali⁸.

La misura paradigmatica, adottata ripetutamente in diverse città e regioni del Paese nelle fasi più critiche della pandemia, è stato il c.d. *total lockdown*, per effetto del quale ad ampie fette della popolazione (a volte intere città, abitate da decine di milioni di persone⁹) è stato imposto il divieto assoluto di allontanarsi dal domicilio in qualsiasi ora del giorno e della notte. Nel corso di questi *lockdown* qualsiasi attività è stata sospesa: le attività produttive, il commercio, i trasporti, le attività scolastiche e qualsiasi attività sportiva, ricreativa o culturale. Per provvedere alle esigenze della popolazione, alla quale era impedito di uscire per qualsiasi motivo, è stato predisposto un mastodontico servizio di distribuzione e di consegna al domicilio dei

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

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

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

beni di prima necessità. Quotidianamente o quasi la popolazione sottoposta al *lockdown* veniva sottoposta a *screening* presso il domicilio per l'accertamento del *virus*, con conseguente accompagnamento forzato dei soggetti risultati infetti in appositi centri di isolamento o, se necessario, in centri ospedalieri, fino all'avvenuta guarigione¹⁰.

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

È anche interessante notare come la strategia '*zero-Covid*', basata sull'isolamento, il distanziamento della popolazione ed il tracciamento dei contagi, sia stata attuata con rigore anche dopo la diffusione e la commercializzazione dei vaccini anti-Covid, perdurando dunque anche quando tutti gli altri Paesi avevano abbandonato o comunque molto mitigato la strategia del distanziamento sociale a favore di politiche vaccinali considerate meno dispendiose e più risolutive¹².

¹⁰ Cfr. D. NORMILE, *China refuses to end harsh lockdowns*, cit.

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

¹² Secondo quanto riportato dalla stampa, a settembre del 2022 erano ancora

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

Agli antipodi del modello che abbiamo denominato della tolleranza zero, si collocano i modelli seguiti dagli Stati che hanno scelto la strategia della 'convivenza con il virus', che ha consentito di ridurre al minimo le limitazioni dei diritti e delle libertà individuali. È questo l'approccio che è stato seguito, ad esempio, in Svezia, ove non sono stati imposti divieti di circolazione alla popolazione, né sotto la forma di *lockdown*, né di coprifuochi; non è mai stato imposto l'obbligo di indossare dispositivi di protezione personale, né sono mai stati prescritti obblighi di distanziamento sociale; non sono mai state sospese le attività produttive, le attività commerciali, le attività scolastiche, i trasporti e in generale tutti i servizi pubblici e nemmeno le attività sociali, ricreative e culturali, salvo qualche minima restrizione in casi del tutto eccezionali e comunque per brevissimi lassi di tempo¹³.

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

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

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

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

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

ci', non è stato imposto alcun obbligo di comunicare alle autorità sanitarie il proprio stato di positività, né sono state imposte delle misure di contenimento per i contatti stretti dei soggetti accertati come positivi¹⁴.

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

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

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

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

In secondo luogo, nella strategia adottata dal governo svedese sembrerebbe aver giocato un ruolo importante un fattore di tipo culturale: il forte senso di appartenenza alla comunità e la generalizzata fiducia nell'operato delle istituzioni si traduce in una spiccata attitudine dei cittadini a seguire le raccomandazioni delle autorità competenti¹⁶.

In terzo luogo, secondo un'opinione ancora diversa, la mancata adozione di misure di contenimento obbligatorie potrebbe spiegarsi anche con la difficoltà di legittimare da un punto di vista costituzionale la limitazione di diritti e libertà fondamentali dell'individuo in funzione della tutela della salute collettiva ed in particolare delle persone più fragili ed esposte al contagio¹⁷: legittimazione che è invece possibile, come vedremo, laddove i doveri di solidarietà sociale su cui si fonda una collettività organizzata vengano elevati ad obblighi giuridicamente rilevanti.

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

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

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

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

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

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

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

Tra le misure più severe che sono state adottate nella prima fase della pandemia occorre senz'altro menzionare il *lockdown*, espressione utilizzata per indicare il divieto di uscire dall'abitazione giorno e notte, imposto all'intera popolazione per più settimane consecutive quando non addirittura per mesi¹⁸. In alcuni ordinamenti, tuttavia, il *lockdown* è stato limitato al solo orario notturno (c.d. coprifuoco)¹⁹.

A differenza del *total lockdown* tipico del modello cinese, l'isolamento domiciliare imposto nei Paesi che si possono collocare in questo diverso modello è stato generalmente connotato da un carattere relativo, nel senso che alla popolazione è sempre stato consentito allontanarsi dall'abitazione, almeno una volta al giorno, per ragioni di lavoro, di salute o non meglio definite ragioni di necessità²⁰: una possibilità che, in molti ordinamenti, è stata subordinata al possesso di una 'autocertificazione' in cui si dichiarassero le ragioni dello spostamento²¹.

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

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

¹⁹ Così ad esempio in Germania.

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

²¹ Così, ad esempio, in Italia, Francia, Romania.

venienti da Paesi a rischio. Raramente tali misure hanno avuto carattere coercitivo: di regola infatti gli ordinamenti si sono limitati a prevedere sanzioni (amministrative o penali) per il caso dell'inadempimento. In alcuni casi, tuttavia, la normativa emergenziale ha attribuito alle forze di polizia il potere di eseguire coattivamente le misure restrittive: così ad esempio nell'ordinamento del Regno Unito, ove ai *police officers* è stato attribuito il potere di fare perquisizioni nel domicilio o di fermare e riportare coattivamente nell'abitazione i soggetti che avessero violato obblighi di isolamento domiciliare²².

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

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

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

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

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

rienze, occorre però evidenziare che le modalità con le quali le autorità governative hanno promosso la copertura vaccinale della popolazione sono state molto diverse: in alcuni Stati il vaccino è stato solo raccomandato²³, mentre in altri sono stati introdotti obblighi vaccinali selettivi, cioè diretti a specifiche categorie della popolazione, individuate sulla base dell'età o dell'attività lavorativa²⁴. Solo in un ordinamento – l'Austria – è stato introdotto, per un lasso di tempo molto breve, un obbligo di vaccinazione generale, ossia diretto all'intera popolazione²⁵.

La copertura vaccinale di una parte (poi sempre più ampia) della popolazione ha consentito di differenziare il trattamento dei soggetti vaccinati, garantendo a costoro spazi sempre maggiori di libertà, in quanto soggetti meno esposti al contagio e meno capaci di contagiare rispetto a coloro che (per scelta o perché impossibilitati per ragioni di salute) non si sono sottoposti al vaccino. Pur con grande varietà di forme, nella quasi totalità degli ordinamenti la possibilità di accedere a determinati luoghi o a determinate attività è stato subordinato al possesso di una apposita certificazione (denominata 'certificazione verde' o 'pass sanitario'), attestante la negatività al test per l'accertamento del *virus*, o l'effettuazione del vaccino, ovvero la guarigione dalla malattia. Tale certificazione è stata introdotta anche a livello europeo (la c.d. certificazione digitale Covid), con lo scopo di facilitare la libera circolazione all'interno dell'UE²⁶.

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

²³ Così, ad esempio, nel Regno Unito.

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

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

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

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

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

Una parziale eccezione è stata segnata da alcuni Paesi, come la Svezia ove, come si è visto, le misure di contenimento hanno assunto tipicamente la forma delle raccomandazioni: tuttavia, anche lì, nei pochi casi in cui le misure di contenimento hanno avuto carattere obbligatorio, si è impiegata la pena per sanzionarne l'inosservanza²⁷.

Anche sotto il profilo punitivo, all'estremo opposto rispetto alla Svezia si collocano, come si può immaginare, i sistemi che abbiamo definito 'a tolleranza zero', ove l'approccio è stato molto aggressivo: si pensi paradigmaticamente alla Cina, dove – secondo notizie riportate dalla stampa – il nascondere o il riportare erroneamente la propria sintomatologia legata all'infezione da Covid-19 costituisce un reato che può essere punito anche con la pena di morte²⁸ e dove è stata utilizzata anche la pubblica gogna per persuadere i pochi riottosi ad osservare le rigide misure imposte dalla 'zero-Covid strategy'²⁹.

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

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

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

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