



Problemi attuali della responsabilità colposa nel diritto penale
6 giugno 2023, Scandicci

STRATEGIE DI GESTIONE DEL RISCHIO PANDEMICO E RESPONSABILITÀ DEI GOVERNANTI

Giandomenico Dodaro

Università degli Studi di Milano - Bicocca

0. Mi preme innanzitutto esprimere il mio ringraziamento agli organizzatori di questo corso per l'invito a intervenire in questo consesso così importante; invito che mi onora e che mi ha consentito di tornare a confrontarmi con una problematica non semplice.

Il tema che mi è stato assegnato è quello relativo alla responsabilità penale colposa dei governanti nella gestione della recente pandemia. Numerosi sono i temi, che si cumulano entro tale cornice.

Tralascerò le questioni generali riguardanti l'imputazione omissiva colposa di eventi correlati al COVID-19, già ampiamente affrontate in letteratura e nelle lezioni pomeridiane tenute ieri della prima parte di questo corso.

Mi occuperò, invece, della questione dei limiti di sindacabilità in sede penale delle decisioni assunte dai vertici politico-amministrativi dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria.

La mia relazione è strutturata in due parti:

- a) la prima parte è dedicata all'analisi del sistema italiano di preparazione e risposta al virus SARS-COV-2, alle sue falle e alle possibili cause;
- b) la seconda parte si sofferma sui criteri che hanno orientato le scelte dei "governanti, in ragione delle caratteristiche sia strutturali che contingenti del modello di gestione della pandemia.

Parte I – Cause e conseguenze delle falle del sistema di preparazione e risposta al virus SARS-COV-2

1. L'emergenza sanitaria, generata dalla propagazione del COVID-19, ha messo in luce una serie di criticità strutturali del sistema sanitario nazionale, soprattutto nel comparto della sanità pubblica, le quali molto probabilmente hanno favorito la circolazione di un coronavirus già di per sé aggressivo e altamente trasmissibile.

Se la sanità non è collassata sotto la pressione di una richiesta di prestazioni inimmaginabile fino a poco tempo prima, è dovuto a una serie di punti di forza del sistema che hanno funzionato come *fattori di contenimento delle disfunzioni*.

La *natura pubblica* del servizio sanitario ha profondamente inciso, in un momento di drammatica difficoltà per il Paese, sulle scelte della politica, favorendo una strategia di gestione della pandemia, mirante non semplicemente alla riduzione dei danni (economici,

sociali e sanitari), ma volta più incisivamente al blocco o, più realisticamente, al contenimento del contagio.

L'obiettivo è stato perseguito – come ricorderete – attraverso l'adozione da parte della politica di soluzioni o processi organizzativi riguardanti le diverse strutture pubbliche coinvolte nell'assistenza su tutto il territorio nazionale, le quali hanno potuto contare non solo sulle preesistenti risorse sanitarie e socioassistenziali del Paese, ma anche su quelle acquisite attraverso nuovi tempestivi investimenti di strumenti e personale, che sono serviti a rafforzare l'intero sistema nazionale delle cure¹. La *cultura di servizio* alla collettività presente nel personale sanitario, anch'essa correlata alla natura pubblica del Ssn, ha reso possibile la mobilitazione, nel momento del bisogno, di medici, infermieri e altri operatori, i quali si sono caricati sulle spalle le responsabilità connesse al proprio mandato professionale e sociale. Nello straordinario impegno del personale sanitario c'è la testimonianza di un approccio professionale di servizio che discende dal lavorare nel pubblico e per il pubblico, il quale non va sottovalutato.

2. L'*audit* del Ssn è ancora in corso. Un dato allarmante che sta affiorando con evidenza – ma tangibile sin dagli esordi dell'emergenza – è che il Paese (e non solo il nostro, forse il mondo intero!) si è ritrovato, nei primi mesi del 2020, impreparato a fronteggiare emergenze epidemiche di sanità pubblica internazionale correlate all'emersione di nuovi virus. Ciò si è verificato per plurime ragioni, tra loro correlate, le quali hanno contribuito ad alimentare quello scenario da incubo nel quale si sono ammalate o hanno perso la vita numerosissimi concittadini

2.1. La prima ragione, o almeno quella sulla quale si è sin da subito focalizzata l'attenzione degli osservatori, è ravvisabile nel mancato aggiornamento e attuazione del Piano nazionale di preparazione e risposta alla pandemia (2006) e dei corrispettivi Piani regionali alle nuove linee guida dell'Oms (2009, 2013, 2017).

Gli Stati-membri dell'Oms sono tenuti alla adozione e all'aggiornamento dei Piani, in virtù della fondamentale funzione strategica, assegnata loro all'interno del *network* globale della Salute pubblica dal Regolamento sanitario internazionale (2005), di *garanti della prevenzione e della risposta* contro «minacce alla sicurezza globale e nazionale», come le malattie infettive.

La mancata revisione del Pnpi da parte dello Stato italiano non rispetta, peraltro, quanto disposto dal Piano nazionale della prevenzione 2014-2018 (Pnp), che costituiva uno dei più importanti documenti strategici di programmazione sanitaria del nostro paese, il quale indicava tra i macro obiettivi proprio la “Prevenzione, sorveglianza e controllo di malattie infettive”, comprendeva nella valutazione dei rischi la pandemia e rimarcava l'importanza fondamentale di «preparare procedure e piani per la gestione delle principali tipologie di emergenza di sanità pubblica».

2.2. La seconda ragione d'impreparazione dello Stato di fronte alla sfida del Covid-19 è stata l'impoverimento della sanità pubblica sotto vari aspetti, dovuto a politiche sanitarie che hanno colpito particolarmente, non a caso, proprio i settori medici maggiormente coinvolti dall'epidemia:

¹ Ad es. incremento del numero dei posti letto in terapia intensiva, assunzione immediata di nuovo personale, impiego di neolaureati in alcune attività sanitarie, immediata conversione delle modalità operative dei punti di pronto soccorso alle esigenze dell'emergenza epidemica, articolazione in tutte le regioni fra strutture deputate all'assistenza degli affetti da Covid-19 e strutture dedicate agli altri pazienti, misure per il coinvolgimento dei privati accreditati.

- a) *un impoverimento sul piano economico*, in conseguenza di politiche di contenimento della spesa pubblica sanitaria, che inevitabilmente si sono riflesse sulla capacità organizzativa del Ssn;
- b) *un impoverimento sotto l'aspetto culturale*, in conseguenza di un profondo mutamento relativo alla concezione della sanità pubblica, pensata, a partire dalle riforme degli anni 90, come 'macchina produttiva di servizi' e valutata quindi in maniera accentuata secondo logiche e parametri di efficienza produttiva a sfondo economico; questa nuova idea di sanità ha non solo finito con l'immiserire la concezione del servizio pubblico, ma ha anche eliminato dal discorso politico sulla salute la dimensione collettiva e democratica della questione.

Molte aziende ospedaliere pubbliche hanno finito per investire, negli ultimi decenni, in termini di personale, strutture, macchinari, posti letto, principalmente sulle prestazioni più remunerative e a breve termine, indipendentemente dalla valutazione dei bisogni di salute, trascurando esigenze di cura meno convenienti. A questo si aggiunge lo scarso investimento sullo sviluppo di una medicina territoriale e di prevenzione.

2.3. Questo stato di cose – torno a ribadire: non solo la mancata attivazione di Piani pandemici, ma anche precise scelte di politica sanitaria – spiega:

- a) *la difficoltà del Ssn di prevedere più efficacemente ciò che stava accadendo già dal mese di gennaio*. Né a livello nazionale, né a livello regionale ci si è allertati per l'insolito aumento dei casi di polmonite con contagi intra-familiari (presenti, a quanto sembra emergere da alcuni rilievi a posteriori, già dal mese di dicembre), anche perché un dato del genere non è oggetto di monitoraggio. I dati raccolti dalla sanità pubblica sono essenzialmente dati che riguardano le prestazioni e la loro dimensione economica: i costi, il numero di servizi erogati, i tempi, i posti letto occupati e così via. Le prime scelte di intervento, dunque, non hanno potuto contare su numeri fondamentali per impostare le politiche di protezione della collettività, relativi a quanti erano i soggetti potenzialmente contagiati o affetti da patologie che rendevano più rischioso contrarre la malattia;
- b) *la scarsa presenza di dotazioni di posti letto in terapia intensiva*, commisurata in passato alla "domanda media" e non alla "domanda di picco", e che ha portato a una veloce saturazione delle rianimazioni, prima di quanto avvenuto in altri Paesi europei, impedendo, soprattutto in una prima fase, di fornire risposte terapeutiche adeguate a tutti i pazienti bisognosi di cure intensive;
- c) *la fragilità della medicina territoriale e l'inadeguata integrazione sociosanitaria* che ha ingolfato gli ospedali della prima domanda di assistenza e ha obbligato alla riapertura delle Rsa, trasformando gli uni e gli altri in focolai di contagio che hanno coinvolto, prime fra tutte, le persone anziane o già malate, aumentando il tasso di mortalità;
- d) *la carenza dei presidi di protezione*, che è stata determinante nel contagio del personale sanitario e nella sua inconsapevole diffusione, la quale è dipesa anche dai *mancati controlli sul loro stoccaggio nelle strutture*.

3. È superfluo rammentare che ogni scelta di organizzazione di un pubblico servizio esprime una precisa idea del modo in cui le istituzioni si curano dei bisogni individuali e collettivi e quindi, innanzi tutto, *di quali sono i bisogni ritenuti rilevanti*.

Dietro la decisione di non aggiornare i Piani e tra le righe delle scelte allocative delle risorse in ambito sanitario e socioassistenziale, quale rilievo

la politica dimostra di assegnare ai bisogni correlati all'emergenze epidemiche e quale tipo di strategia mette in campo?

Difficile dare una risposta al primo interrogativo. Più semplice è forse ipotizzare quali siano le motivazioni alla base delle scelte politiche in questo delicato settore:

- a) una certa *difficoltà degli Stati*, dovuta a ragioni morali o di competenza, di *percepire o prendere sul serio l'urgenza* sottostante alle numerose raccomandazioni dell'Oms per il controllo e la prevenzione della propagazione di nuove malattie infettive (Acconci);

oppure e qui si apre lo scenario più spaventoso

- b) la *rinuncia consapevole e cinica* da parte delle istituzioni all'assunzione di una *responsabilità di protezione della società di fronte* alle incognite del futuro e in grado di assicurare la collettività dalle *conseguenze impreviste, ma non imprevedibili, di eventi* come quello che ha investito il nostro Paese e il resto del mondo (Pioggia). Certamente, una scelta dello Stato di assumersi la responsabilità di proteggere la società anche contro rischi sconosciuti, se può essere, in una logica pubblica, del tutto coerente con la scelta di garantire una tutela più elevata alla collettività nella prospettiva di un preciso progetto di società e del suo bene, *in una logica strettamente imprenditoriale*, risulta, al contrario, disfunzionale, in quanto costosa e antieconomica.

Un esempio di questo atteggiamento morale sembrerebbe ravvisabile nella politica sanitaria di Regione Lombardia. Basti considerare che, contrariamente al Piano nazionale della prevenzione 2014-2018, il quale indicava, come detto, tra i macro-obiettivi la Prevenzione, sorveglianza e controllo di malattie infettive, e comprendeva nella valutazione dei rischi la pandemia, *nella politica sanitaria lombarda l'attenzione alla preparazione della risposta all'epidemia scema grandemente*. Nel 2006 Regione Lombardia adotta un Piano regionale anti-pandemico. Dopo di allora *il rischio pandemico scompare* dagli atti politici di pianificazione di sanità pubblica della Lombardia (Piano regionale di prevenzione 2015-2018; Piano regionale di sviluppo 2018) e la strategia di prevenzione delle malattie infettive viene centrata su un sistema di sorveglianza epidemiologica selettiva e di vaccinazioni, che marginalizza il ruolo della medicina preventiva territoriale, in linea con la riforma sanitaria regionale del 2015.

Speculare a questi approcci politici al problema epidemiologico è *la concezione del rischio pandemico accolta dalla Sanità pubblica del nostro Paese*, sul quale è stato progettato il modello generale di risposta e con il quale, nell'urgenza della pandemia, si è cercato di far fronte al COVID-19: il rischio pandemico è trattato alla stregua di una calamità naturale, come i terremoti, le alluvioni, le eruzioni vulcaniche o i meteoriti; insomma, come uno dei quei dolorosi disastri, di cui si possono minimizzare forse le conseguenze *ex post* attraverso misure emergenziali, ma che rimangono una drammatica evenienza fatalmente inevitabile.

Si consideri che, sin dall'inizio della pandemia, la fonte normativa di riferimento, attraverso la quale governare l'emergenza sanitaria, è stata rinvenuta nel d.lgs. n. 1 del 2018 in materia di protezione civile, cui rimandava la stessa Dichiarazione dello Stato di emergenza nazionale, adottata dal Consiglio dei ministri su proposta del presidente del Consiglio, ai sensi dell'art. 24 del menzionato decreto. Ed anche dietro numerose scelte fatte in fase 1 dallo Stato e dalle Regioni si può cogliere proprio questa concezione del rischio pandemico. Si pensi alle indicazioni logistiche o contumaciali per la gestione dei casi nelle strutture sanitarie, fornite dalle «Linee di indirizzo assistenziale del paziente critico affetto

da Covid-19» (29/2/2020), che ricalcano alcuni documenti di Protezione civile (ad es. «Criteri di massima per l'organizzazione dei soccorsi sanitari nelle catastrofi» e «Pianificazione dell'emergenza intraospedaliera a fronte di una maxi-emergenza»).

Va detto, per inquadrare correttamente la situazione, che l'equazione epidemia=calamità naturale non costituisce un parametro di definizione del modello di gestione delle epidemie solo italiano.

Fu proprio la difficoltà degli Stati, nella gestione nel 2009 dell'epidemia da virus A(H1N1), di adattare le azioni previste dai piani nazionali alle fasi dichiarate dall'Oms e ai livelli di rischio interni, *in ragione della loro onerosità economica*, tenuto conto anche della moderata gravità del virus, a indurre l'Oms, *su pressante richiesta degli Stati*, a una profonda revisione del modello di gestione a livello di sanità internazionale.

Le linee guida del 2013-2017, cui l'Italia non ha dato attuazione, si basano oggi proprio sui principi dell'*All-Hazards Emergency Risk Management for Health* (Ermh) e si allineano, quindi, più strettamente ai modelli di gestione del rischio di catastrofi già esistenti in molti paesi.

Vedremo quale rilievo possa avere questo mutamento del modello di gestione del rischio pandemico nella costruzione del giudizio di colpa.

L'equazione tra pandemia e calamità naturali presenta profili di rischio non trascurabili.

Considerata la portata devastante di una propagazione mondiale del virus, soprattutto in caso di trasmissione interpersonale, l'equazione rischia di generare ritardi nella risposta con conseguenze disastrose per la sicurezza pubblica e per il tessuto socioeconomico, a livello nazionale e internazionale.

È proprio per questa ragione che le nuove linee guida dell'Oms non mancano di rimarcare l'assoluta necessità di organizzare e di tenere in efficienza un sistema di sorveglianza epidemiologica, tracciamento e monitoraggio, a livello nazionale, subnazionale e locale, in grado di sostenere una valutazione del rischio appropriata e tempestiva, anche in relazione a *patologie di origine sconosciuta*, per un processo decisionale basato su prove di efficacia (Pontecorvo).

Questo è probabilmente ciò che è mancato.

L'assenza di un efficiente sistema di sorveglianza epidemiologica e l'assenza di approvvigionamento delle scorte di DPI potrebbero aver rappresentato le principali falle del nostro *sistema di difese contro il COVID-19*, che è stato *pensato*, a livello politico, *sì come sistema di risposta*, ma *non di preparazione alla pandemia*.

Falle sono emerse, nel pieno dell'emergenza, anche nel sistema di risposta, se le difficoltà di ricondurre la vicenda pandemica agli eventi calamitosi previsti dal Codice di protezione civile e di fronteggiarla con gli strumenti di intervento ivi previsti o con quelli disciplinati dalla legge n. 833 del 1978, sono apparse forse sin da subito evidenti, tenuto anche conto del rilievo internazionale dell'emergenza; per cui, anche per la necessità di un maggior livello di coordinamento delle attività da porre in essere e la necessità di una assunzione di responsabilità politica degli interventi da attuare, il governo ha accentrato su di sé il potere decisionale, adottando, in parallelo alle ordinanze di protezione civile o del ministero della salute, atti normativi, aventi forza di legge, contenenti elenchi di misure tipizzate di Sanità pubblica, e un profluvio di dPCM a partire dal febbraio 2020 per "dosarne" l'adozione, nel tempo e nello spazio, a seconda dell'andamento della curva pandemica.

Parte II - Profili di problematicità dell'imputazione colposa di reati contro l'incolumità pubblica o individuale a carico dei vertici politico-amministrativi dello Stato o delle Regioni

4. Nella gestione dell'emergenza sanitaria è stata ravvisata «una gigantesca ipotesi di colpa d'organizzazione» (Eusebi) e si è iniziato a ragionare sulla questione se dei decessi o delle malattie da SARV-COV-2 potessero essere chiamati a rispondere, in sede penale, a titolo colposo, i «governanti», ossia quei soggetti che, investiti di incarichi istituzionali o amministrativi ai più alti livelli dell'apparato dello Stato o delle Regioni, avrebbero dovuto organizzare il comparto della Sanità pubblica, in modo da garantirne la capacità di preparazione e risposta ai contingenti e mutevoli bisogni, occasionati dal nuovo coronavirus.

Che non si tratti di un interrogativo solo teorico è dimostrato dall'avvio di indagini da parte di numerose Procure della Repubblica, per i delitti di epidemia colposa e omicidio colposo e per altri gravi reati, che coinvolgono, non solo soggetti apicali di strutture sanitarie, ma anche i vertici, politici e amministrativi, dello Stato (l'ex presidente del consiglio Giuseppe Conte, il suo ministro della salute Roberto Speranza, gli omologhi ministri dei due governi precedenti, nonché il direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero e direttore operativo del Centro nazionale per la prevenzione e il controllo della malattie (CCM), il capo del Dipartimento della protezione civile; il direttore dell'Istituto superiore di Sanità) e i vertici di alcune Regioni d'Italia (direttore generale della sanità, assessore al welfare, componente della giunta).

5. Che problemi di responsabilità possano porsi, in linea di principio, a tutti i livelli istituzionali è fuori discussione in uno Stato costituzionale di diritto, in relazione non solo ovviamente a ipotesi dolose ma anche a ipotesi colpose di reato, specialmente ove venga in rilievo la gestione di situazioni emergenziali come una pandemia. La questione presenta profili di particolare delicatezza, toccando gli equilibri tra controllo di legalità e discrezionalità amministrativa. In un settore in cui sono in gioco valutazioni particolarmente complesse e spesso problemi di allocazione di risorse scarse, che impongono scelte di priorità (Pulitanò).

Si è detto (Bartoli) che l'ipertrofia di regole, destinate a prevedere e contenere il contagio, unitamente alla possibilità di accedere ai verbali degli organi decisori (es. del Cts), lascino, in effetti, intravedere il possibile verificarsi di quelle condizioni normative, che sono normalmente assenti, ma che nel caso della pandemia sembrerebbero rendere praticabile una valutazione giuridica dei comportamenti in termini di colpa specifica. La normativa di settore, nello stabilire doveri di controllo, obiettivi e azioni delle autorità politiche, sembrerebbe delineare vere e proprie regole cautelari scritte, finalizzate alla prevenzione di rischi per la salute e la vita degli individui.

In queste circostanze eccezionali, la separazione tra politica e amministrazione si fa meno netta. Alla politica non compete più unicamente il compito di individuare gli indirizzi e gli obiettivi da realizzare, ma anche di concorrere alle decisioni che nelle strutture organizzative della pubblica amministrazione sono normalmente affidate alla dirigenza. Con ciò si vuole sottolineare «come, nel tempo dell'emergenza sanitaria e sin dal momento della Dichiarazione dello Stato di emergenza del 31 gennaio 2020, sia progressivamente affiorato il recupero di uno spazio significativo del decisore politico, il quale si è manifestato propenso ad affermare il proprio ruolo a tutti i livelli di governo: dalla sede centrale alla dimensione più ridotta delle autonomie locali», recuperando «uno spazio di azione per la cura concreta dell'interesse pubblico» (Cavallaro).

Le denunce presentate contro i vertici, politici e amministrativi, di Stato e Regioni per i delitti di epidemia colposa e omicidio plurimo colposo (artt. 438, co. 1 e 2 e 452; art. 589, co. 1 e 5 c.p.) fanno perno proprio sulla presunta *tardiva adozione delle azioni (misure o cautele), prescritte da regole cautelari, necessarie e idonee a fronteggiare l'emergenza sanitaria* e specificatamente:

- a) sulla tardiva adozione, rispetto al cronoprogramma previsto dai Pnpr/Prpr delle specifiche azioni di sanità pubblica ivi previste (di prevenzione, sorveglianza epidemiologica, tracciamento e monitoraggio, formazione, organizzative, clinico-assistenziali, restrittive); ritardo imputabile a una colpevole sottovalutazione dell'allarme epidemiologico reiteratamente lanciato dall'Oms a partire dalla fine di gennaio 2020 e al colpevole rifiuto di dare attuazione ai suddetti piani a favore di azioni alternative;
- b) sulla tardiva adozione di specifiche, ulteriori e più stringenti azioni di sanità pubblica, adeguate e proporzionate all'evolversi della gravità della situazione epidemica, previste dal c.d. Piano COVID, elaborato da alcuni componenti del CTS, al quale lo stesso comitato aveva deciso di attenersi, secondo quanto si apprende dall'Avviso di conclusione delle indagini della Procura della Repubblica di Bergamo.

Il ragionamento sotteso alle denunce sembra essere così sintetizzabile: se la differenza nella gravità e nella severità dell'impatto del virus, che si è registrata nei diversi Paesi, è stata determinata dal tempo della reazione (una variabile che, ad ogni analisi, si rivela centrale), l'entità, particolarmente elevata, delle morti in Italia sarebbe indice sintomatico del ritardo con cui si sono mosse le nostre istituzioni.

Non è ovviamente mia intenzione fare "il processo ai processi in corso", considerate anche le poche informazioni che al momento è dato conoscere. Tuttavia, credo che sia inevitabile fare ad essi un qualche accenno, considerato che i procedimenti sul COVID-19 sono i primi, quindi gli unici, in cui la magistratura si trova ad indagare sulla presunta responsabilità *colposa* di vertici politici *di così alto livello* del Paese.

6. È chiaro che, alla base della prospettazione di una possibile responsabilità penale dei governanti, v'è una implicita presa di posizione in ordine alla questione concernente la natura degli atti adottati dal governo, nazionale e regionale, nella gestione della pandemia. L'idea è, evidentemente, che le scelte che vengono loro imputate, non costituiscano propriamente "atti politici" in senso stretto, compiuti cioè nell'esercizio di funzioni di indirizzo politico, e siano, quindi, legittimamente sindacabili in sede penale. La tesi, che personalmente mi trova concorde, è stata – com'è noto – respinta dal Tribunale dei ministri di Roma con il provvedimento di archiviazione del 18 maggio 2021, emesso, su richiesta conforme del pubblico ministero, nel procedimento a carico dell'ex *premier* Conte e di numerosi ministri del suo governo.

La posizione del giudice romano si basa su un orientamento tralatizio, che non sembra più centrale nella giurisprudenza amministrativa più recente, relativa all'interpretazione dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo, che al primo comma stabilisce che: «non sono impugnabili gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico»: i provvedimenti del governo non sono "atti politici" di per sé, ma solo in compresenza di due requisiti oggettivi e soggettivi, ossia quando correlati all'esercizio di funzioni costituzionali tipiche e perciò espressivi di ambiti di autonomia propri di organi costituzionali, e in quanto tali sono, di regola, insindacabili, salvo che si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva (diritti soggettivo o interessi legittimi).

Conclusione, quella del tribunale romano, forse un po' troppo sbrigativa e nient'affatto pacifica, potendosi al contrario rilevare che, ad eccezione degli atti aventi forza di legge, i dPCM e la stessa dichiarazione dello Stato di emergenza «sono destinati a incidere sensibilmente sulle posizioni dei singoli e perciò stesso deve esserne assicurato il sindacato giudiziario». Per quanto la veste formalmente assunta sia quella dei dPCM, essi possono essere classificati non come veri e propri atti normativi, ma come «atti amministrativi [generali, a contenuto provvedimentale], finalizzati alla cura di un interesse pubblico,

destinati a produrre effetti in capo ai destinatari, [...] assunti da un organo politico» (Cavallaro).

Tanto premesso, va detto anche che questo indirizzo, accolto dal tribunale romano, è stato messo in discussione, in particolare, da un recente arresto della sezione I del Consiglio di stato (adunanza del 4 settembre 2019, riguardante il diniego del rinnovo dell'*exequatur* per l'esercizio delle funzioni di console onorario) – punto di approdo di un'interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 7 (in accordo con Corte cost. 81/2012) – secondo cui «ciò che rileva ai fini della impugnabilità o meno dell'atto [è] che sussista una norma [*i.d.* un vincolo giuridico, sotto forma di regola o di principio] che predetermina le modalità di esercizio della discrezionalità politica o che, comunque, la circoscriva».

Nel caso della pandemia, è possibile individuare i parametri giuridici, sulla cui base svolgere il sindacato delle decisioni dei governanti, non tanto nei Piani pandemici, per le ragioni che proporrò tra un momento, quanto negli atti normativi e amministrativi emanati nei drammatici giorni dell'emergenza.

7. Pur convenendo sul fatto che i doveri di sicurezza gravanti sui decisori politici possano portare con sé anche il possibile configurarsi di una loro responsabilità omissiva colposa, sono, tuttavia, personalmente orientato a ritenere che una tale ipotesi sia irta di difficoltà.

Nella letteratura penalistica sono già stati spesi validi argomenti per spiegare i problemi dell'imputazione omissiva colposa di delitti contro la persona o l'incolumità pubblica in relazione alla diffusione dell'infezione da COVID-19.

Le difficoltà sono di tre ordini:

- a) sono, innanzitutto, *di ordine probatorio*, relative sia all'accertamento della causalità che della colpa, nella sua duplice dimensione, oggettiva e soggettiva; difficoltà della “prova scientifica” dovute ad una conoscenza incompleta delle caratteristiche del virus, delle sue modalità di trasmissione e di interazione con altre patologie;
- b) a tutto ciò si aggiungono incertezze in merito alla configurabilità omissiva del delitto di epidemia, alla fondazione e alla delimitazione delle posizioni di garanzia e alla possibilità di ritenere ricompreso nell'evento vietato anche l'aggravamento colposo delle conseguenze di un'epidemia già in atto.

Su tutti questi temi esiste ormai una significativa letteratura, cui mi limito a rinviare (Di Giovine; Pelissero; Gargani).

- c) Vorrei portare l'uditorio a riflettere, invece, su un altro aspetto preliminare e che giudico dirimente per decidere della concreta praticabilità di un giudizio sulla colpa dei “governanti”.

Il sindacato del giudice sconta ulteriori difficoltà, che originano dalla circostanza che, nel campo di problemi di cui ci stiamo occupando, a venir contestata non è la legittimità di misure coattive o coercitive, bensì la ragionevolezza/correttezza delle decisioni su “tempi” e “modi” dell'agire, assunte a diversi livelli del governo (*i.d.*, la mancata adozione al momento giusto di date misure di Sanità pubblica).

Il controllo sulla ragionevolezza delle decisioni politiche presuppone non solo la disponibilità di regole cautelari, razionalmente fondate, e calibrate sulla prevenzione di specifici rischi (o categorie omogenee di rischi) per l'incolumità individuale e collettiva, ma richiede da parte del giudice o di chiunque voglia occuparsene *conoscenze di teoria della decisione pubblica e di scienza dell'organizzazione pubblica*. Questo perché la scelta tra le diverse alternative d'azione a disposizione del decisore politico non si basa solo su regole tecnico-cautelari (ammesso che esistano!), ma rappresenta l'esito di una valutazione, che

deve cercare di governare la complessità dei fenomeni di salute pubblica e sottende, per questa ragione, un delicatissimo bilanciamento, costantemente mutevole, tra svariati interessi, concorrenti e divergenti, la cui ponderazione dipende anche dalla percezione del rischio, dai costi degli interventi per fronteggiarlo e da ogni altra variabile che possa entrare nell'orizzonte di quell'ampia discrezionalità, che è strutturalmente correlata alla natura politica del soggetto titolare del potere; e questo è tanto più vero quando le scelte sono funzionali a dare attuazione a *profili strategici dell'indirizzo politico* della gestione di un problema drammatico in situazioni di incertezza scientifica, come una pandemia mondiale scatenata da un virus sconosciuto.

Del resto, nemmeno la scontata avvertenza, secondo cui la protezione della salute è destinata ad assumere carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche, è risolutiva, in quanto eccessivamente generica (Castronuovo).

La decisione politica rimodula la soglia del rischio consentito secondo le logiche del principio di precauzione, spingendola oltre, allargandola rispetto a quella codificata dalla regola cautelare pregressa.

Questa viene, per così dire, sostituita da una nuova “regola di comportamento”, dinamica, pertinente alla situazione contingente da governare, che viene posta nell'urgenza della decisione da un soggetto, investito di una funzione pubblica, privo di un reale potere di controllo sulla fonte di pericolo e sulla base di conoscenze non sempre certe, disponibili in quel momento, e acquisite tramite il sistema di sorveglianza epidemiologica e la consulenza di agenzie di esperti; *una regola di comportamento, in conclusione, che, per definizione, non è predefinita, non è riconoscibile ex ante dall'agente e la cui efficacia causale non è stata verificata prima.*

Questo stato di cose trascina con sé, ponendole al centro della riflessione penalistica, due questioni, che vorrei portare alla vostra attenzione:

- a) la questione della *natura delle regole di comportamento*, operanti in relazione alle scelte in questo delicato settore, e
- b) la questione della profilazione dell'*agente modello*.

8. Procedendo con ordine dal primo punto, vorrei ricordare che autorevoli penalisti (Palazzo; Pulitanò) hanno messo in guardia da subito contro i rischi di un uso “perverso” della giustizia penale nel controllo sulla discrezionalità politico-amministrativa da parte di chi è investito di funzioni di governo, richiamando l'attenzione sul fatto che questi soggetti orientano le proprie decisioni essenzialmente in base a *criteri tendenzialmente non vincolanti e liberamente argomentabili* sullo sfondo di visioni generali delle esigenze economiche e sociali del Paese e *non* sulla base di *vere e proprie regole cautelari*, riconoscibili *ex ante* e verificabili *ex post*, cui è, al contrario, agganciata l'attribuzione della responsabilità in ambito penale. Per questa ragione le loro scelte si presterebbero a essere valutate e discusse, preferibilmente, in sede politica, *in primis* in Parlamento, o in sede giudiziaria, semmai, davanti agli organi della giustizia amministrativa.

Su questo punto mi sembra di poter registrare un certo consenso in dottrina. La capacità impeditiva della maggior parte delle regole di comportamento che prescrivono delle misure di sanità pubblica (come, ad esempio, interdizione del traffico aereo; tracciamento e monitoraggio di sintomatici o asintomatici; limitazioni della mobilità, distanziamento sociale, *lockdown*, isolamento, auto-sorveglianza, quarantena; l'uso di dpi; sospensione di attività produttive, non essenziali o strategiche; indicazioni logistiche o contumaciali per le strutture sanitarie) è incerta sul piano scientifico o comunque bassa. Questo vale anche per le misure suggerite dai Piani pandemici, che sono destinate a operare contro «qualsiasi evento di potenziale interesse sanitario internazionale, inclusi quelli con causa e fonte sconosciuta» (Regolamento Sanitario Internazionale Oms).

La conseguenza è che solo per alcune misure di contrasto, come per esempio l'isolamento e la quarantena, può forse essere predicata la natura cautelare, ossia una certa capacità di neutralizzare o mitigare l'evento lesivo basata su un sapere scientifico consolidato. Per molte altre, invece, pare più confacente parlare di misure precauzionali, aventi funzione di indirizzo gestionale-organizzativo, volte a soddisfare un'esigenza securitaria e questo non solo per il carattere ubiquitario del virus, ma anche per le straordinarie incertezze che, durante la pandemia – e in qualche misura ancora oggi – attraversavano l'evidenza scientifica sul COVID-19.

Questa combinazione di misure contribuisce a comporre del sistema di prevenzione «un'immagine chiaroscurale, che mostra un intreccio forse inedito e da manuale tra precauzione e prevenzione» (Castronuovo), il quale consente allo Stato di controllare la circolazione del virus, ma non di azzerare il rischio di contagio.

9. Passiamo al secondo punto relativo alla profilazione dell'agente modello, alla cui stregua selezionare le regole di prevedibilità ed evitabilità dell'evento vietato. I Piani pandemici vengono a tal fine in rilievo a indicare il modello ideale, cui ciascun agente concreto dovrebbe conformarsi.

Quando esplode l'epidemia di COVID-19, i piani pandemici nazionali e regionali del 2006 sono documenti ormai obsoleti, di scarsa utilità, innanzitutto perché continuano a fare riferimento a una struttura organizzativa sanitaria e di protezione civile che in gran parte non esiste più dopo la riforma del Ssr ai sensi della l.r. n. 23 del 2015, e dopo la riforma del Codice di protezione civile del 2018.

Le misure di sanità pubblica ivi previste sono, peraltro, le stesse che si trovano elencate in un qualsiasi manuale di Igiene e sanità pubblica per la prevenzione e il contenimento di malattie virali trasmissibili per via respiratoria. Il “manuale d'istruzioni”, - passatemi l'espressione – quello di “Parte generale” c'era già e infatti molte delle azioni attivate corrispondono a quelle previste dal Piano nazionale per il “Periodo di allerta pandemico” e il “Periodo pandemico”.

Non avere dato attuazione ai Piani può, quindi, essere giudicata una scelta ragionevole, anche perché i piani del 2006 sono ampiamente superati non dalla novità del tipo di coronavirus, bensì dalle nuove linee guida Oms, che tra il 2009 e il 2017 hanno modificato sensibilmente *il modello di gestione* delle emergenze sanitarie internazionali.

9.1. Le linee guida dell'Oms del 2005, matrice dei piani del 2006, prevedevano, originariamente, sei “fasi pandemiche” globali, categorizzate in quattro periodi (interpandemico; allerta pandemica; pandemico; postpandemico), per le quali erano previsti due o più livelli di rischio, che rappresentavano la situazione nei singoli Stati membri. Ciascuno Stato era tenuto a realizzare gli specifici obiettivi e le specifiche azioni di salute pubblica indicati per ciascun livello.

Come anticipato, le linee guida del 2013 e del 2017 si basano sui principi dell'*all-hazards Emergency Risk Management for Health* (Ermh), allineandosi ai modelli di gestione del rischio di catastrofi.

Questi documenti hanno mantenuto il sistema delle fasi, ma le hanno ridotte a quattro [a) la “fase interpandemica”, che intercorre tra una pandemia influenzale e l'altra; b) la “fase di allarme”, in cui l'influenza causata da un nuovo sottotipo è stata identificata negli esseri umani; c) la “fase pandemica” di diffusione globale dell'influenza umana; d) la “fase di transizione”, in cui il rischio globale si riduce con conseguente attenuazione delle azioni globali di prevenzione e controllo].

I livelli nazionali di rischio sono stati eliminati, con la conseguenza che le azioni, che ciascuno Stato deve mettere in atto in ciascuna fase, non vengono più indicate in maniera tassativa e raggruppate, come in passato, secondo un criterio di congruità rispetto alla

gravità dell'evento, ma sono scelte dagli Stati secondo un criterio di funzionalità alla realizzazione delle sei "componenti essenziali" del modello-Ermh (politiche e gestione delle risorse; pianificazione e coordinamento; gestione delle informazioni e delle conoscenze; infrastrutture sanitarie e logistica; salute e servizi correlati; capacità di gestione del rischio di emergenza della comunità).

Nel nuovo sistema introdotto nel 2013, ciascuno Stato sviluppa autonome valutazioni nazionali del rischio in base alle circostanze locali, tenendo conto anche delle informazioni fornite dalle valutazioni globali prodotte dall'Oms e sceglie discrezionalmente natura, portata e tempi delle azioni in linea con il *risk assessment* globale e nazionale. Le linee guida del 2017 non si discostano da quelle del 2013.

Tratto saliente della revisione delle linee guida dell'Oms è l'incremento della discrezionalità e della responsabilizzazione degli Stati nella definizione della soglia e delle condizioni del "rischio consentito" nella preparazione e nella risposta all'epidemia, con conseguente riduzione dei contenuti precettivi dei piani nazionali. Se prima del 2013 era il piano a prescrivere allo Stato cosa fare e quando farlo, dopo il 2013 è lo Stato a scegliere cosa fare in base a una valutazione autonoma del rischio a livello interno, basata su scienza ed esperienza, e tenendo conto dei criteri normativi posti dall'ordinamento giuridico.

La revisione nel 2013 del sistema internazionale di prevenzione ha comportato un'accentuazione del problema della profilazione dell'agente modello. Si è passati da un tipo ideale "rigido", che permetteva di parametrare la colpa alla rigorosa osservanza di specifiche misure cautelari imposte agli Stati in maniera stringente dai Piani, a un tipo ideale "elastico", che rimette alla valutazione molto più autonoma dello Stato la scelta discrezionale in merito alla tipologia e ai tempi di attuazione delle misure secondo criteri ispirati a logiche precauzionali.

Questo cambiamento del modello di gestione pandemico spiega il fatto che il governo italiano come quello di altri Stati coinvolti abbiano adottato provvedimenti e protocolli di varia natura: misure particolarmente rigorose, limitando al massimo gli spostamenti delle persone, chiudendo tutte le attività produttive non essenziali; o limitazioni più blande basate sull'affidamento verso i comportamenti individuali e confidando magari nell'effetto "immunità di gregge". Tali misure sono state via via modificate, come richiede il "modello gradualista" dell'Oms, nel senso di maggiori o minori restringimenti, a seconda dell'andamento dei contagi, con decisioni che hanno suscitato reazioni contrastanti nel dibattito tra epidemiologi e medici impegnati nella cura del virus, a dimostrazione dell'assenza di certezza anche nella comunità scientifica mondiale in ordine alle scelte più idonee a fronteggiare l'epidemia; contrasti, spesso molto accesi, i cui strascichi si riverberano nei processi in corso per il coinvolgimento come consulenti di alcuni protagonisti dei dibattiti televisivi.

10. Mi avvio alla conclusione. Queste considerazioni mettono in rilievo aspetti di particolare delicatezza, che rendono assai problematica in sede penale la possibile imputazione ai governanti di quella «gigantesca ipotesi di colpa d'organizzazione», che è emersa a seguito del controllo sul funzionamento del nostro sistema di gestione del rischio pandemico e che ha riguardato – come abbiamo visto – principalmente, il piano della prevenzione, ma anche, sotto certi aspetti, quello della risposta.

I due piani sono strettamente collegati nell'incolpazione, che viene generalmente mossa ai vertici politici, di aver "sbagliato i tempi e i modi" del loro agire, così costringendoli a rimediare agli errori con una tardiva e affannosa rincorsa. Emergono qui ulteriori aspetti di complicazione.

Bisogna riconoscere, innanzitutto, che non solo le scelte relative al "come" agire ma anche quelle relative al "quando" agire per contrastare una minaccia sconosciuta si muovono su un piano denso di valutazioni politiche.

Le scelte di “tempi” e “modi” della risposta, nell’urgenza di un’emergenza sanitaria, dipendono, a loro volta, dal modo in cui è organizzata la sanità a livello centrale, regionale e locale, nel senso che la capacità e la diligenza della reazione è una variabile dipendente anche dalla qualità dell’organizzazione della medicina territoriale di prevenzione e della medicina ospedaliera e del sistema di sorveglianza epidemiologico.

Allora, se il carattere colposo della condotta può dipendere anche dal *mancato riconoscimento di rischi* va da sé che, nel contestare e nel giudicare la rilevanza penale dell’omessa o della tardiva adozione della condotta doverosa, non si potrà non tener conto delle pregresse, e sopra accennate, carenze, culturali e organizzative, del sistema sanitario, nazionale e regionale; senza, peraltro, dimenticare che

- Italia ha pagato un prezzo gigantesco anche perché è stato il primo paese occidentale a essere colpito dal virus, scoprendosi immediatamente in una situazione di allerta pandemica;
- che l’Oms ha impiegato un tempo enorme per dichiarare la “emergenza sanitaria globale” e per riconoscere la pandemia, e ancora
- che inizialmente il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie aveva minimizzato i rischi per la popolazione.

Pensiamo, solo per fare un esempio, agli oggettivi ritardi accumulati specie nelle primissime settimane del 2020, sui quali hanno verosimilmente inciso, oltre a una percezione confusa delle ricadute negative, soprattutto sul piano economico, delle misure restrittive adottate, l’incompletezza e l’affidabilità del quadro epidemiologico, interno, europeo e internazionale, dovuta anche a politiche relative alla organizzazione della medicina di prevenzione, non sindacabili in sede giudiziaria, adottate da un decisore democraticamente legittimato, cui in definitiva compete la fissazione della soglia del rischio consentito e che, come ho cercato di mettere in evidenza nella prima parte della relazione, potrebbero aver compromesso la capacità di riconoscere per tempo i pericoli.

11. Fino a che punto si possa spingere, nel quadro del nostro sistema costituzionale, il controllo del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche e della riflessione giuridica, resta una questione aperta ed è auspicabile che tra magistratura, avvocatura e accademia si instauri un franco e proficuo dialogo.

Il carattere spiccatamente discrezionale delle scelte di contrasto dell’emergenza sanitaria e la correlata difficoltà del loro controllo da parte del giudice suggeriscono la massima cautela nello spostare la valutazione dell’operato dei governanti dal piano politico a quello giudiziario, che porterebbe la magistratura a sindacare la valutazione degli assunti fattuali e i dei giudizi di valore da cui dipende la ragionevolezza della decisione politica.

Come è stato autorevolmente osservato: la istituzionale discrezionalità delle scelte dei “governanti” «non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute: l’errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole. L’esercizio della discrezionalità genera responsabilità penale solo quando nella decisione sia grossolanamente alterato l’ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale».

Questo criterio vale, ovviamente, anche per il giudizio sulla responsabilità penale dei vertici regionali, i quali hanno adottato strategie differenti, nei limiti di quanto consentito dalla cornice normativa nazionale, soprattutto nel monitoraggio e nel tracciamento del contagio. La mancata adozione da parte degli amministratori regionali di regole cautelari/preventive più tutelanti per la popolazione non dovrebbe, in linea di principio, essere fonte di responsabilità penale, tanto più all’interno di un sistema di gestione

dell'emergenza che richiede un "coordinamento forte e unitario" di tutti i livelli operativi e di governo interessati, affinché sia assicurato sull'intero territorio nazionale il medesimo livello di protezione dei diritti fondamentali.

«Di fronte a una diffusa tendenza a svuotare la colpa» (Forti), occorre guardarsi dal rischio di abbandonare, sotto la pressione di diffuse istanze di tutela "a furor di popolo" (Amodio), «una visione realistica, vale a dire empirico-sociologica, dell'agire diligente» (Giunta) e dal rischio di far perdere alla colpa i contrassegni di un giudizio normativo parametrato su regole cautelari formalizzate, per non lasciar l'agente in carne ed ossa da solo, senza di riferimenti esterni, dinanzi a scelte talora tragiche.

Di fronte alla paura per un male invisibile come il coronavirus e al dramma delle morti, occorre tenere sotto controllo l'istintiva ricerca di un qualche responsabile come rimedio per placare l'ansia e consolare contro la sofferenza. Ogni benemerita iniziativa di tutela delle vittime e di ricerca della verità deve essere attentamente ponderata, considerando anche i potenziali costi emotivi in termini di frustrazione delle aspettative di giustizia di persone già profondamente provate dal dolore, di fronte a un esito processuale non soddisfacente per la difficoltà di provare la responsabilità penale dei vertici istituzionali, anche in considerazione dell'immunità procedurale, di cui beneficiano il Presidente del Consiglio dei ministri e i Ministri.

Se in questi anni è avvenuto un oscuramento della valenza politica delle decisioni sulla sanità a favore di una valutazione accentuatamente tecnico-economica, occorre adesso guardarsi bene dallo spostare il discorso sulla organizzazione della Sanità in ambito giudiziario, ma, caso mai, fare il possibile per riportare il dibattito sui bisogni di cura e su come soddisfarli all'interno dell'arena democratica.

Vi ringrazio per l'attenzione.