

dis
CRIMEN

RIVISTA

1/2022



DIRETTORE RESPONSABILE

Alessandra Borghini

COMITATO DIRETTIVO

Gian Marco Baccari, Roberto Bartoli, Filippo Bellagamba, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Francesco Cingari, Carlotta Conti, Giovannangelo De Francesco, Cristina de Maglie, Alberto di Martino, Luciano Eusebi, Chiara Fanuele, Paola Felicioni, Giovanni Flora, Benedetta Galgani, Alberto Gargani, Roberto Guerrini, Dario Guidi, Isabella Leoncini, Vincenzo Maiello, Ferrando Mantovani, Gianfranco Martiello, Adriano Martini, Enrico Marzaduri, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta, Gaetana Morgante, Domenico Notaro, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Francesco Palazzo, Caterina Paonessa, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri, Alessandra Sanna, Paolo Tonini, Antonio Vallini

Coordinatore Fausto Giunta

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Enrico Amati, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha), Giuliano Balbi, Fabio Basile, Elio Romano Belfiore, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Universidad de Salamanca), Costanza Bernasconi, Marta Bertolino, Riccardo Borsari, David Brunelli, Marcello Busetto, Alberto Cadoppi, Alberto Camon, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Juan Carlos Carbonell Mateu (Universidad de Valencia), Stefania Carnevale, Fabio Cassibba, Andrea R. Castaldo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa-Gastaldo, Claudia Cesari, Agata Ciavola, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Universitat de Barcelona), Luigi Cornacchia, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Gerhard Dannecker (Universität Heidelberg), Giulio De Simone, Giancarlo De Vero, Alberto De Vita, Mariavaleria Del Tufo, Massimo Donini, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, Stefano Fiore, Antonio Fiorella, Luigi Foffani, Desiree Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Alfredo Gaito, Mercedes García Arán (Universitat Autònoma de Barcelona), Nicolás García Rivas (Universidad de Castilla-La Mancha), Giulio Garuti, Gian Luigi Gatta, Ignazio Giacona, Glauco Giostra, José Luis González Cussac (Univesidad de Valencia), Giovanni Grasso, Tommaso Guerini, Clelia Iasevoli, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Alessio Lanzi, Sergio Lorusso, Paola Maggio, Carlos Alberto Mahiques (Argentina), Stefano Manacorda, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Annalisa Mangiaracina, Adelmo Manna, Marco Orlando Mantovani, Luca Marafioti, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Nicola Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Enrico Mezzetti, Vincenzo Militello, Sergio Moccia, Lucio Monaco, Fermín Morales Prats (Universitat Autònoma de Barcelona), Vito Mormando, Francesco Mucciarelli, Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla), Daniele Negri, Pietro Nocita, Carlo Enrico Paliero, Giuseppina Panebianco, Raphaële Parizot (Université Paris Nanterre), Lucia Parlato, Vania Patanè, Paolo Patrono, Pier Paolo Paulesu, Annamaria Peccioli, Marco Pelissero, Francesco Peroni, Lorenzo Picotti, Giorgio Pino, Paolo Pisa, Nicola Pisani, Andrea Porciello, Cornelius Prittwitz (Goethe-Universität, Frankfurt am Main), Andrea Pugiotta, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Gonzalo Quintero Olivares (Universidad Rovira i Virgili, Tarragona), Paolo Renon, Silvio Riondato, Lucia Risicato, Mauro Ronco, Andrea Rossetti, Adolfo Scalfati, Aldo Schiavello, Sergio Seminara, Domenico Siciliano, Jesús-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), Fabrizio Siracusano, Giorgio Spangher, Luigi Stortoni, Kolis Summerer, Giovanni Tarli Barbieri, Valeria Torre, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Paolo Veronesi, John A.E. Vervaele (Universiteit Utrecht), Daniele Vicoli, Luciano Violante, Tiziana Vitarelli, Thomas Weigend (Universität zu Köln), Bettina Weißer (Universität zu Köln), Francesco Zacchè, Roberto Zannotti, Angelo Zappulla

REDAZIONE

Bianca Ballini, Davide Bianchi, Carolina Buzio, Marco Cecchi,

Alessandro Corda, Claudia Larinni, Cecilia Valbonesi

Coordinatore Gherardo Minicucci



Registrazione presso il Tribunale di Pisa
al n. 2209 del 6 dicembre 2018

disCrimen è una rivista scientifica quadrimestrale

ISSN 2704-6338

2022 – Firenze, via B. Varchi n. 56

info.discrimen@gmail.com

CRITERI DI CITAZIONE

Per la citazione dei contributi pubblicati nei fascicoli di *disCrimen* si propone il seguente modello:

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *disCrimen*, 1/2019, xxx ss.

CRITERI DI PUBBLICAZIONE

Al fine di assicurarne la qualità scientifica, la pubblicazione degli scritti destinati a *disCrimen* è subordinata alla previa positiva valutazione di un revisore, del quale è garantito l'anonimato, individuato tra i membri del Comitato Scientifico, che può subordinare il proprio giudizio a interventi correttivi e migliorativi. Nella procedura di revisione è garantito altresì l'anonimato dell'autore del contributo oggetto di valutazione (c.d. procedura in "doppio cieco"). Nel caso di parere negativo, il Coordinatore del Comitato Direttivo può richiedere una nuova valutazione, sempre in forma anonima, a un diverso membro del Comitato scientifico, il cui giudizio diventerà vincolante ai fini della pubblicazione. Sono esentati dalla procedura di revisione i contributi raccolti nelle sezioni Opinioni, Focus, Recensioni e Varietà. Fatto salvo quanto appena precisato, il Coordinatore del Comitato Direttivo, acquisito il parere favorevole di almeno un altro componente del Comitato, può esentare dalla procedura di *peer review* gli scritti di carattere non scientifico, le relazioni a convegni scientifici, gli scritti già pubblicati o in corso di pubblicazione in testi o riviste scientifiche, gli scritti di studiosi di chiara fama.



dis
CRIMEN

Fascicolo 1/2022

Indice dei contenuti

Articoli

C. CUPELLI, <i>La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 5490-sexies c.p.</i>	3
F. DI VIZIO, <i>Moderni abusivismi e criptovalute</i>	21
T. GUERINI, <i>L'ontologica ambiguità delle interdittive antimafia, tra reati associativi, criminalità organizzata e Costituzione</i>	75
G. MARTIELLO, <i>La tutela penale dei dati personali: un'introduzione agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del c.d. «codice della privacy»</i>	87
D. MICHELETTI, <i>Lo scudo penale a favore dei vaccinatori nel quadro delle norme dichiarative di atipicità</i>	103
M. ROMAGNOLI, <i>Diritto penale e Unione europea: "The Dark Side of The Moon". Le esigenze essenziali e logiche del primato, i limiti dei controlimiti e l'inerzia del legislatore nazionale</i>	113
M.G. RUTIGLIANO, <i>La prescrizione dei reati abituali con particolare riferimento allo ius superveniens sfavorevole</i>	163
C. VALBONESI, <i>La regola cautelare nell'era del rischio: note a margine della sentenza per il disastro ferroviario di Viareggio</i>	177

Focus

G. CHECCACCI, L. PONZONI, <i>Fattispecie “riciclatorie” e modelli “231”. Tra massimalismo e minimalismo preventivo</i>	211
N. DECORATO, <i>L’impedimento del controllo ambientale: alla ricerca del tipo</i>	223
F. FEBBO, <i>Lo «scudo penale sanitario» ad un anno dalla sua entrata in vigore: lockdown della responsabilità o valium legislativo?</i>	235
D. MICHELETTI, <i>L’interservio publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn</i>	241

Opinioni

G. FLORA, <i>L’“immunità” penale per la somministrazione del vaccino anti Covid-19: una inutile norma necessaria?</i>	251
---	-----

Recensioni

E. AMODIO, <i>Il giustizialismo da Mani pulite alla svolta populista. Note su un libro recente</i>	259
G. FLORA, <i>A verbis sempre più apertis: a proposito del “Devoto della giustizia penale” di Lorenzo Zilletti</i>	267
T. GUERINI, <i>Piccole glosse a Francesco Petrelli, “Critica della retorica giustizialista”, Giuffrè, Milano, 2022</i>	271

dis
CRIMEN
articoli

**LO SCUDO PENALE A FAVORE DEI VACCINATORI
NEL QUADRO DELLE NORME DICHIARATIVE DI ATIPICITÀ***

DARIO MICHELETTI **

THE “CRIMINAL SHIELD” IN FAVOUR OF VACCINATORS
IN THE FRAMEWORK OF DECLARATIVE STANDARDS OF ATYPICALITY

The work questions the causes and effects of art. 3 d.l. 44/2021, which provides for a cause of non-punishment in favor of health workers who carry out the vaccine in accordance with the indications contained in the authorization provision of the drug and in relative relevant circulars. The goal is to reassure doctors that they will not be punished and, more importantly, that they will not be subjected to any criminal trial for this activity. This is a reassurance that ordinary criminal law on medical negligence cannot guarantee.

KEYWORDS: Covid-19 – Vaccine – Medical negligence – Cause of non-punishment

SOMMARIO 1. L’art. 3 d.l. 44/2021: un oltraggio alla magistratura? — 2. La controversa natura giuridica dello scudo per i vaccinatori. — 3. L’art. 3 d.l. 44/2021 quale norma dichiarativa di atipicità. — 4. La prevalente valenza procedimentale degli “scudi” dalla colpa. — 5. La moltiplicazione degli scudi dalla colpa: ragioni e rimedi.

1. L’art. 3 d.l. 44/2021: un oltraggio alla magistratura?

Delle due l’una. Stabilendo che «*la punibilità [degli operatori medici] è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*», l’art. 3 d.l. n. 44/2021 si candida a essere una delle norme più inutili e pletoriche della storia del diritto penale¹ oppure una delle più assurde e

* È il testo dell’Intervento tenuto all’incontro “*La colpa medica al tempo del covid-19*”, del 4 marzo 2022, organizzato dalla Camera penale di Prato

** Professore associato di diritto penale nell’Università di Siena

¹ Inutilità già segnalata prima del suo varo da R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020.

allarmanti. Un'alternativa, quest'ultima, verso la quale declina la Relazione di accompagnamento al decreto legge, che accredita l'art. 3 cit. della paradossale natura di norma *in bonam partem*, e quindi applicabile retroattivamente, nella misura in cui àncora l'esclusione della colpa «*alla osservanza delle regole cautelari che vengono in rilievo specificamente rispetto all'attività di vaccinazione*». Una disciplina di favore, per di più, di carattere temporaneo, in quanto destinata a operare solo «*nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178*»².

Al di là degli intenti, l'esito è a dir poco inquietante.

La necessità di questa straordinaria causa di "esclusione della punibilità" – come la definisce il legislatore – lascia infatti supporre che, in sua assenza, si sarebbe potuta riconoscere la colpa a carico dei vaccinatori malgrado essi abbiano agito conformemente alle autorizzazioni e alle circolari in materia, e dunque senza trasgredire alcuna regola cautelare specifica concernente la propria attività. È una totale assurdità per chiunque abbia un minimo rudimento di colpa penale. Come se, dopo avere stabilito le varie regole del codice della strada, il legislatore avvertisse la necessità di precisare che non è punibile l'automobilista che, pur avendole rispettate tutte, è stato coinvolto, suo malgrado, in un incidente da cui sia derivata la morte o la lesione di taluno.

Fossi stato un magistrato mi sarei sentito diffamato dal tenore dell'art. 3 d.l. n. 44/2021. Ma come – mi sarei chiesto – il mio legislatore mi ritiene così analfabeta in termini penalistici da ritenere che io possa condannare a titolo di colpa il vaccinatore che ha agito in modo «*conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*»?

Più che delineare una causa di non punibilità l'art. 3 cit. insinua alla scarsa preparazione giuridica della magistratura, costituendo un vero e proprio oltraggio al corpo giudiziario.

Eppure, nonostante l'assurdità tecnica sottesa a questa sedicente norma di favore, la magistratura penale non è stata minimamente turbata dalla sua introduzione. Verosimilmente ne saranno stati sorpresi i giudici della IV sezione della Cassazione penale, che da circa un lustro insistono sulla necessità che l'accertamento della colpa medica sia rigidamente ancorato alla violazione di una specifica linea guida o delle buone pratiche

² Di qui l'attribuzione alla norma di un'efficacia temporalmente limitata: in tal senso E. PENCO, "Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti sars-cov-2, in *Sistema penale*, 13 aprile 2021.

clinico assistenziali adeguate al caso concreto³. Per il resto, nella giurisprudenza di merito, e soprattutto nelle Procure della Repubblica, nessuno pare essersi scandalizzato.

Anzi. Stando alla pubblicistica, il varo della norma sarebbe stato suggerito proprio dalla necessità di arginare indagini penali già in corso in seguito al riscontro di talune reazioni avverse da vaccino⁴. Il che significa che, sebbene tecnicamente assurdo, l'art. 3 cit. si è prestato a fronteggiare un fenomeno reale e assai avvertito dagli operatori, prefiggendosi un risultato pratico che la Relazione di accompagnamento ben evidenzia alludendo a una sua "efficacia retroattiva".

2. La controversa natura giuridica dello scudo per i vaccinatori

Uno scenario così singolare impone di approfondire meglio le ragioni che hanno portato all'introduzione di questa norma, di cui pare necessario chiarire anzitutto la natura giuridica.

In effetti, diversamente da ciò che lascerebbe intendere il tenore letterale dell'art. 3 cit., tale disposizione non è in grado di introdurre alcuna "causa di non punibilità" – indipendentemente dall'accezione che si voglia attribuire a tale formula⁵. Tecnicamente lo impedisce il fatto che una causa di non punibilità postula, per definizione, l'esistenza di un fatto illecito⁶, e chi osserva le regole cautelari non integra alcun reato colposo. A ciò si aggiunga che ove si qualificasse l'art. 3 cit. come un'autentica causa di non punibilità, si arriverebbe alla paradossale conclusione che

³ Cfr. da ultimo e per tutti S. DOVERE, *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, *Enc. dir. – I tematici*, vol. II, *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, 579 ss.

⁴ Intervista al prof. Cristiano Cupelli, "Tuteliamo i medici o il piano vaccinale rischia di implodere", in *Il dubbio*, 16 marzo 2021, secondo cui «È stata aperta una serie di inchieste giudiziarie che hanno visto coinvolti, fra gli altri, alcuni medici. Il rischio molto serio e grave che pavento è quello di una penalizzazione a tappeto della classe medica nel momento della somministrazione dei vaccini, con indagini affrettate, aperte sull'onda dell'emotività e accompagnate dalla solita risonanza mediatica che possono mettere a rischio la piena realizzazione del piano vaccinale». La considerazione è ripresa e sviluppata in C. CUPELLI, voce *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *Enc. dir. – Il reato colposo* (diretto da M. DONINI), Milano, 2021, 340 s.

⁵ Sul polimorfo concetto di non punibilità v. per tutti G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 609 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 6 ss.

⁶ G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 1127 ss.

il legislatore, anziché favorire i vaccinatori – come dichiarato nella Relazione di accompagnamento – li avrebbe danneggiati⁷. In forza dell’art. 3 cit., infatti, essi sarebbero da considerare solamente non “punibili”, mentre in assenza di questa norma il rispetto dell’autorizzazione e delle circolari avrebbe garantito loro un’assoluzione per insussistenza del fatto. La differenza non è di poco conto, dato che quest’ultima formula liberatoria, a differenza della non punibilità, esplica effetti favorevoli anche sul piano civilistico quanto su quello giuslavoristico e disciplinare.

Stando a quanto si è appena osservato contiene allora un ulteriore svarione quel passaggio della relazione di accompagnamento al d.l. 44/2021 ove si definisce l’art. 3 cit. come una «*disposizione speciale rispetto a quella di cui all’art. 590-sexies c.p.*». Solo quest’ultima norma, operando in caso di imperizia del medico, prevede un’autentica causa di non punibilità⁸. Di contro, l’art. 3 cit., richiedendo che il vaccinatore abbia agito in conformità del provvedimento di autorizzazione e delle circolari in materia, dichiara non punibile in modo quanto mai lapalissiano una condotta che già lo è in quanto non tipica, *rectius* conforme alle regole cautelari. Sicché non può sussistere alcun rapporto di genere a specie tra l’art. 3 e l’art. 590-*sexies* c.p. operando le due norme su piani alternativi.

D’altro canto, per analoghe ragioni, v’è da ritenere che l’art. 3 cit. non introduca neppure una scusante⁹. Mancando qualsiasi riferimento al grado della colpa, non v’è alcun argomento letterale o teorico che lasci supporre che il nuovo istituto escluda la rimproverabilità del soggetto agente o valorizzi l’inesigibilità di una sua condotta conforme¹⁰. Semmai esso ratifica l’insussistenza *ab origine* di un fatto illecito, rispetto al quale non avrebbe pertanto neppure senso instaurare una valutazione di rimproverabilità.

3. L’art. 3 d.l. 44/2021 quale norma dichiarativa di atipicità

Volendo comunque attribuire una qualche dignità tecnico-giuridica alla dispo-

⁷ L’osservazione è di P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti covid-19*, in *Sistema penale*, 23 aprile 2021, § 2.

⁸ Cass. Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, Rv. 272174 – 01.

⁹ Così invece J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. pen.*, 2021, fasc. 12, spec. 21 s.; E. PENCO, “Norma-scudo”, cit., § 4.

¹⁰ In argomento v. da ultimo D. FALCINELLI, *Elogio dell’inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell’illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 895 ss.

sizione prevista dall'art. 3 cit., essa appare allora inquadrabile tra le norme d'interpretazione "negativa", che sempre più frequente il legislatore penale tende ad affiancare alla c.d. formulazione sintetica delle fattispecie di reato, con l'intento di definire situazioni estranee alla tipicità.

Si pensi, per esempio, alla precisazione che i vantaggi compensativi nell'ambito del gruppo di società non integrano il dolo specifico del delitto d'infedeltà patrimoniale ai sensi dell'art. 2634, comma 3, c.c. Ma si consideri altresì l'art. 217-*bis* l. fall secondo cui le «operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo (...) di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (...) del piano di risanamento (...), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato», eccetera non possono mai essere puniti come bancarotta fraudolenta patrimoniale o bancarotta semplice. E ancora, si veda l'art. 617-*septies*, comma 2, c.p. che esclude l'esistenza di una diffusione punibile quando ha oggetto riprese o registrazioni fraudolente utilizzate a fini probatori in ambito giudiziario. Per finire – ma l'elenco potrebbe continuare – con l'esclusione dalla c.d. tortura di Stato delle «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti» ai sensi dell'art. 613-*bis*, comma 3, c.p.

Tutte queste norme segnalano l'esistenza di una problematica crescente del diritto penale moderno, che sarebbe sbrigativo spiegare con lo scadimento tecnico del legislatore, sempre meno capace di ritagliare l'area di rilevanza penale tramite un paradigma di riconoscimento dell'illecito penale adeguatamente selettivo. Piuttosto queste norme originano dalla comprensibile sfiducia nel doveroso *self-restraint* della giurisprudenza dimostratasi negli anni vieppiù propensa a oltrepassare il limite dell'art. 12 disp. prel., individuando l'area di rilevanza penale al di là del «*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e della intenzione del legislatore*».

Di qui la preferenza del legislatore per una *delimitazione rafforzata* della tipicità penale sulla scorta di una duplice prospettiva: interna ed esterna. Oltre cioè a precisare in positivo gli elementi costitutivi del fatto reato, si ritiene talvolta opportuno esplicitare in negativo, e a scanso di equivoci, le situazioni che cadono oltre il muro di cinta della tipicità.

Non è comunque agevole attribuire alle norme dichiarative di atipicità un'unica connotazione strutturale. La comune istanza di determinatezza cui esse rispondono viene declinata in vario modo; e non è escluso che altri ancora se ne potrebbero ideare.

Stando però alla loro attuale conformazione, pare corretto affermare che esse tendono a veicolare l'esercizio di diritti o l'adempimento di doveri tali da precludere l'illiceità del fatto base. È come se si procedesse a un'esplicitazione puntuale dell'art.

51 c.p. nell'ambito della singola fattispecie di reato per definire ciò che ne resta fuori. Volendo, le norme dichiarative di atipicità costituiscono, sotto questo profilo, un aggiornamento delle sintetiche clausole d'illiceità espressa, evidenziate, nella terminologia classica, dagli avverbi «*arbitrariamente*» (artt. 392 e 393 c.p.), «*indebitamente*» (art. 316 c.p.), «*illecitamente*» (art. 494 c.p.), eccetera¹¹. Entrambe le tecniche richiamano l'attenzione dell'interprete sulla prossimità del fatto punibile con comportamenti espressivi di diritti e libertà che lo rendono non punibile. Le clausole d'illiceità continuano tuttavia a segnalarlo in modo sommario, avvertendo l'interprete che il fatto deve essere caratterizzato da quella "contrarietà al diritto" fondativa della c.d. anti giuridicità generale¹². Le norme dichiarative di atipicità esplicitano invece in termini più precisi che il fatto non è tipico se conforme a specifiche situazioni puntualmente descritte. Di qui, verosimilmente, la più agevole operatività degli artt. 47 e 59, comma 4, c.p. in caso di errore o putatività che le riguarda.

4. La prevalente valenza procedimentale degli "scudi" della colpa

Ma l'art. 3 cit., in cui pure si scorge una siffatta impostazione, è caratterizzato da una connotazione funzionalistica ulteriore, che la Relazione di accompagnamento al d.l. n. 44/2021 chiarisce solo in parte.

È bensì vero infatti che l'art. 3 cit., nell'«*ottica di una maggiore certezza giuridica, mira a assicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nelle attività di vaccinazione*» che non risponderanno per colpa ove si attengano alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione dei vaccini e alle circolari. È altrettanto vero che la stessa identica assicurazione ben si sarebbe potuta desumere dalla copiosa giurisprudenza della Cassazione che, a partire dal varo dell'art. 5 della legge Gelli-Bianco, esclude radicalmente e in termini più generali l'esistenza di qualsiasi forma di colpa negli esercenti le professioni sanitarie attenutisi alle linee guida accreditate e, in mancanza di esse, alle buone pratiche clinico assistenziali adeguate al caso concreto¹³.

Se così è, viene allora da chiedersi che bisogno ci fosse di specificare ulteriormente questo risultato tramite l'art. 3 cit.?

¹¹ In argomento, ancora fondamentale D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss.

¹² Così come l'intendeva E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 132 s.

¹³ Per i riferimenti v. D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 130 ss.

La necessità purtroppo c'era. E sta nell'esigenza di preservare il medico-vaccinatore, non tanto dai rigori del diritto penale quanto dai patemi, e dal crisma sociale, del procedimento penale pur sempre avviabile nei suoi confronti malgrado l'agevole riscontrabilità della corrispondenza del suo agire alle raccomandazioni e alle circolari in materia. È questo infatti il vero obiettivo dello "scudo procedimentale" approntato dall'art. 3 cit.¹⁴: che nella sua imbarazzante tautologia si pone come argine all'esercizio del potere giurisdizionale al fine di assicurare il medico-vaccinatore che, oltre a non poter essere condannato, non potrà neppure finire sotto processo.

Non è peraltro l'unica norma in materia di colpa a prefiggersi un siffatto risultato. Anzi tutti gli scudi dalla colpa penale, invocati a più riprese dalle varie categorie maggiormente esposte a questa forma di responsabilità involontaria, tendono soprattutto a questo fine: salvaguardare gli operatori bensì dai rigori della pena, ma ancor prima dai costi esistenziali, e non solo, connessi alla sottoposizione a un'indagine penale. Indagine già percepita, non a torto, come un eccessivo collaterale rischio esistenziale che gli esercenti determinate professioni non sono più disposti a correre.

5. La moltiplicazione degli scudi dalla colpa: ragioni e rimedi

Senonché, la proliferazione di queste norme di salvaguardia può forse assicurare i beneficiari, non certo gli studiosi del diritto penale. I quali non possono esimersi dall'interrogarsi sulle ragioni della crescita di questi scudi dalla colpa quale risposta all'insicurezza giuridica diffusa tra coloro che sono chiamati a esercitare professioni ad alto rischio di eventi offensivi involontari. Il che porta a riflettere sulle reali capacità della comune teoria della colpa penale di tracciare una precisa norma di comportamento osservando la quale si sia certi di non incorrere nei rigori della sanzione e del processo penale. Si ha la netta impressione infatti che le incriminazioni colpose, a differenza di quelle dolose, siano in grado di esprimere solo un parametro di giudizio da utilizzare *ex post* nella fase del giudizio senza riuscire a offrire *ex ante* un parametro comportamentale su cui i cittadini possano fare affidamento¹⁵.

La maggior parte della dottrina, per la verità, tende a sottovalutare, o peggio a non accorgersi di un siffatto inconveniente, ritenendo che il vero problema stia nella

¹⁴ Analogamente N. ROSSI, *Sanitari: è possibile uno "scudo penale" più efficace dell'attuale?*, in *Questione giustizia on line*, 10 aprile 2021.

¹⁵ Diffusamente D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 20 ss., *passim*.

proliferazione in sé delle “norme scudo”: vuoi perché esse alimentano l’errata impressione di un’amnistia preventiva volta a coprire comportamenti autenticamente criminali¹⁶, vuoi perché «*gli istituti “classici” della causalità e della colpa [costituirebbero] già di per sé uno “scudo” sufficientemente efficace rispetto alle possibili derive degli eccessi di responsabilizzazione*» talché, «*il nostro ordinamento penale possiede già gli anticorpi per fronteggiare il rischio di una epidemia di responsabilità, senza che si rivelino necessarie nuove inoculazioni di “scudi” normativi*»¹⁷. Il tutto a condizione che la colpa penale venga declinata in sede applicativa seguendo un «*modello realmente garantista*», scevro da flessibilizzazioni e maggiormente attento a un’effettiva soggettivizzazione del rimprovero colposo quale rimedio al rischio di una eccessiva responsabilizzazione del personale medico¹⁸.

Senonché, la strategia proposta, lungi dall’essere risolutiva, finisce per eludere il problema di fondo.

Invero, il ricorso a una maggiore soggettivizzazione della colpa non può funzionare come valida alternativa delle norme-scudo non foss’altro perché la prima richiede un accertamento dibattimentale mentre l’art. 3 cit. e le altre norme simili si prefiggono di bloccare quanto prima, se non inibire *ab imis*, l’avvio di un’indagine arbitraria. Un risultato che neppure il richiamo a un’interpretazione garantista della colpa riuscirebbe ad ottenere: com’è attestato dalla più recente giurisprudenza di legittimità sulla colpa penale, il cui elevato tasso di garanzia non basta a scongiurare le velleitarie intraprendenze della magistratura requirente nonché la formazione di una giurisprudenza di merito quanto mai approssimativa, volubile e severa. Approfondendo il tema della colpa medica, si ha infatti la netta impressione che la giurisprudenza di legittimità non riesca a “scaricarsi a terra”, creando una cultura diffusa tale da favorire la selezione *ab imis* dei procedimenti che merita effettivamente avviare in quanto congruenti ai requisiti che la IV Sezione della Cassazione richiederà poi per la conferma della condanna.

¹⁶ E. SCODITTI, G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l’inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione giustizia on line*, 3 aprile 2020, con i quali tende a concordare A. GARGANI, *La gestione dell’emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 889. Non dissimile la valutazione di dannosità espressa nei confronti dello scudo riguardante i datori di lavoro da O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020.

¹⁷ E. PENCO, “*Norma-scudo*”, cit., § 5.

¹⁸ In questo senso v. soprattutto G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giust. insieme*, 27 maggio 2020, spec. 6 ss. Per un’analoga prospettiva A. GARGANI, *La gestione dell’emergenza “Covid-19”*, cit., 893.

Ma non varrebbe – eccoci al punto – prendersela con la formazione di chi ricopre cariche giudiziarie. Il cuore del problema sta altrove: e precisamente nell'avvilente condizione dell'insegnamento universitario riguardante la colpa penale, attestato da manuali così arretrati e sciatti da continuare a trattarla come una semplice forma di colpevolezza quand'anche le si riconosca una natura normativa tale da determinare la condotta tipica¹⁹. Non solo: è sufficiente aprire un qualunque testo didattico nelle pagine riservate alla colpa penale per imbattersi in un coacervo di formule esoteriche e vuote, cui purtroppo ci si è assuefatti, che fanno sbalordire qualunque persona digiuna di diritto ma dotata di un minimo di intelligenza²⁰. Basti pensare al concetto di “agente modello”, per non parlare della mostruosa formula nota come “prognosi postuma predittiva”. Ciarpami di arcaico psicologismo, insulsi cascami concettuali che l'accademia continua a propinare ai propri studenti, sottovalutando che una parte di essi, una volta divenuti magistrati, li utilizzerà nelle aule di giustizia per accertare la responsabilità personale.

È questa, in ultima analisi, la ragione di fondo del moltiplicarsi delle norme-scudo. Una didattica della colpa così scadente e rozza da potersi paragonare, quanto a scientificità, alla pseudo-medicina praticata nell'800 nel far west. Ci fa sorridere e inorridire il pensiero che i sedicenti medici americani di allora utilizzassero per esempio il calomelano – una sostanza in realtà tossica in quanto contenente un'alta dose di mercurio – come farmaco purgante e antisettico. Beh, è verosimile che tra non molti anni i giuristi proveranno la stessa sensazione al pensiero che all'inizio del terzo millennio si mandassero ancora in carcere le persone sulla scorta di un trucco, qual è la “prognosi postuma predittiva”²¹.

¹⁹ Lo rileva a più riprese D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 41 ss.

²⁰ Si veda per esempio il saggio sul processo penale che ha coinvolto, fra gli altri, la sindaca di Genova per l'alluvione del 4 novembre 2011, scritto dal linguista V. COLETTI, *Genova 2011. Analisi di un processo*, Genova, 2020.

²¹ In argomento *amplius* D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 28 ss., 72 ss., *passim*.