

**MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI  
ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.**

**(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)**

**EMERGENZA “COVID-19” E “RISCHIO PENALE”: OSSERVAZIONI  
SULL’APPLICABILITA’ DELLA FATTISPECIE DI EPIDEMIA COLPOSA**

di Alberto Gargani

*(Professore ordinario di diritto penale,  
Università di Pisa)*

Sommario: 1. Sui profili di responsabilità penale correlati alla gestione dell'emergenza sanitaria. – 2. Il dualismo ermeneutico in ordine alla configurabilità del reato di epidemia colposa. – 3. Il dibattito intorno alla natura del delitto di epidemia. – 4. Le controversie in ordine alla realizzabilità del reato da parte del soggetto contagiato. – 5. Sulla struttura del reato: il significato della formula “mediante diffusione di germi patogeni. – 6. Le “forche caudine” dell'accertamento del nesso causale. – 6.1. Tentativi di flessibilizzazione. – 7. Cenni ad alcuni profili problematici inerenti al coefficiente colposo. – 8. La rilevanza assunta dalla sfera di signoria del soggetto attivo sulla “diffusione” dei germi. – 9. Emergenza sanitaria e “principio di realtà”. – 10. Prospettive.

1. L'emergenza sanitaria provocata dal c.d. “*Coronavirus*” è stata caratterizzata dalla moltiplicazione delle figure soggettive esposte al rischio di responsabilità penali in conseguenza di condotte correlate alla gestione del rischio pandemico e, in particolare, alla prevenzione ed al contenimento della diffusione del contagio. Semplici cittadini (sottoposti o meno a quarantena obbligatoria), operatori sanitari, dirigenti di ospedali o RSA, datori di lavoro, enti collettivi (*ex art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001*) e, infine, decisori politici nazionali o locali, potrebbero, infatti, essere chiamati a rispondere di comportamenti inosservanti di norme cautelari suscettibili di assumere rilevanza penale in base a fattispecie incriminatrici incentrate sulla causazione di un danno (lesioni personali e omicidio) o di un pericolo comune (epidemia).

Nella prospettiva dei reati contro la vita o l'incolumità fisica individuale, la dimostrazione della causazione di specifici eventi dannosi è destinata ad andare incontro alla pressoché insormontabile difficoltà di determinare con certezza l'origine della contaminazione. Ciò dipende da un fattore che assume un ruolo cruciale nel c.d.

diritto penale del “Coronavirus”, ossia il carattere ubiquitario del rischio contagio. Nella logica della c.d. “causalità individuale”, risulta, infatti, estremamente problematico provare che i singoli e specifici eventi di contagio verificatisi in danno di vittime determinate siano effettivamente dipendenti da una data condotta inosservante (sempre che non si ritenga possibile ricorrere – in via emergenziale – ai criteri dell’aumento o dell’omessa diminuzione del rischio o dell’accertamento alternativo della vittima).

Le asperità sottese alla dimostrazione del nesso di causalità nei reati contro la persona hanno indotto alcuni ad ipotizzare l’applicabilità di strumenti punitivi alternativi che, in quanto avulsi dalla prova della causalità individuale e incentrati sulla probabilità della causazione di eventi lesivi in danno dell’incolumità o della salute di più persone indeterminate, sembrerebbero rendere più agevole l’accertamento della responsabilità penale ossia i delitti contro l’incolumità pubblica.

A quest’ultimo quadrante di tutela ci si è, infatti, rivolti fin dalle prime inchieste giudiziarie (caso “Codogno”), allo scopo di verificare se determinate condotte inosservanti (soprattutto omissive) di operatori sanitari o datori di lavoro nella gestione del rischio pandemico possano assumere rilevanza penale ai sensi degli artt. 438 e 452 Cp (epidemia colposa).

La stessa legislazione emanata per fronteggiare l’emergenza pandemica (artt. 4 co. 6 l. n. 35/2020 e 2 co.3; d.l. 16.5.2020 n.33 conv. in l. 74/2020), nel sottoporre a sanzione penale la violazione della c.d. “quarantena obbligatoria” da parte del soggetto “Covid-positivo”, richiama esplicitamente il delitto di epidemia colposa nella clausola di sussidiarietà iniziale, ad apparente conferma dell’adeguatezza funzionale di tale incriminazione alle specifiche e contingenti esigenze di tutela e repressione penale poste dall’emergenza pandemica.

Sorge, però, il sospetto che il riferimento espresso al delitto di epidemia colposa in sede di incriminazione della mancata adozione di presidi volti ad evitare o limitare la diffusione del virus e la violazione delle misure di c.d. quarantena da parte dei soggetti positivi, sia stato, in realtà, utilizzato come espediente strumentale al rispetto delle direttive di contenimento del Covid da parte dei consociati.

Come si cercherà di dimostrare con questa relazione, l’idea che la fattispecie di epidemia possa assicurare margini di punibilità ed effettività applicativa si rivela priva di fondamento: essa presenta, infatti, connotati sistematici e strutturali tali da rendere particolarmente difficoltosa la propria applicazione concreta, salvo che non si decida

(ancora una volta) di ricorrere ad interpretazioni emergenziali e a "riscritture" ermeneutiche del tipo criminoso orientate sì alla semplificazione probatoria, ma in contrasto con il principio di legalità.

2. Il dibattito in ordine alla configurabilità in concreto del delitto di epidemia colposa in rapporto all'emergenza Covid-19 ha fatto registrare la formazione di due distinti indirizzi ermeneutici.

Il primo, di carattere estensivo, è incline a dilatare le "maglie" del fatto tipico e ad ampliare l'ambito di rilevanza tradizionalmente attribuito agli artt. 438 e 452 Cp, sino a ricomprendervi le forme di manifestazione di danno e di pericolo correlate all'emergenza sanitaria "Covid-19".

Si ritiene che la fattispecie di epidemia colposa sia anacronistica e funzionalmente inidonea rispetto alle mutazioni fenomenologiche che le epidemie hanno subito nel corso degli anni: dall'originaria considerazione, sul versante doloso, dello spargimento di germi tramite armi batteriologiche e della dispersione di virus nocivi prodotti in laboratorio, si è passati al profilo della gestione del rischio sanitario, avuto riguardo alle condotte inosservanti di carattere colposo.

Il difetto di applicazioni concrete della fattispecie incriminatrice dipenderebbe da interpretazioni eccessivamente rigoristiche e restrittive, come quelle che escludono la rilevanza del fatto commesso dal vettore contagiato o della epidemia in forma omissiva impropria, che dovrebbero essere corretti e superati mediante il ricorso a più evoluti ed efficaci criteri interpretativi, in grado di sopperire all'arretratezza della fattispecie e di estendere l'ambito di rilevanza della fattispecie, in modo tale da adeguarla alle attuali e stringenti necessità politico-criminali.

Più restrittivo – e "problematizzante" – si rivela il secondo orientamento che, evidenziate le molteplici difficoltà di veder integrati gli estremi della fattispecie in esame e l'inadeguatezza funzionale della stessa al cospetto del fenomeno "Covid", ribadisce la necessità di attenersi al principio di tipicità e ai canoni di imputazione della responsabilità penale. Sembra aderire a questa impostazione anche la S.C. che, in relazione al contesto dell'emergenza Covid-19, con sent. n. 20416/2021, ha ritenuto priva di fondamento la contestazione – al legale rappresentante di una residenza sanitaria assistenziale – del reato di epidemia colposa in forma omissiva impropria, per aver cagionato il contagio degli ospiti mediante l'omissione del doveroso aggiornamento del documento di valutazione dei rischi con le procedure previste dal

D.P.C.M. 24.4.2020.

3. È, dunque, necessario verificare se – e in quali forme – determinate condotte inosservanti – tenute a vario titolo nel corso dell'emergenza pandemica – possano essere sussunte sotto gli artt. 438 e 452 Cp.

Preliminarmente, un dato appare fuori discussione: se per “epidemia” si deve intendere, di norma, una malattia infettiva o contagiosa, c.d. mono-fattoriale, trasmissibile per via “orizzontale”, che colpisca contemporaneamente gli abitanti di una città o di un territorio, non vi è dubbio che la patologia infettiva provocata dalla SARS-CoV-2 – che, a sua volta, cagiona il “Covid-19” – presenti obiettivamente tutte le caratteristiche di diffusività proprie di un'epidemia. Con la sola precisazione che mentre la scienza medica individua un c.d. *cluster* epidemico in ogni gruppo di casi di infezione concentrati in un determinato contesto spazio-temporale, a prescindere dalla consistenza quantitativa del fenomeno, la tesi prevalente in giurisprudenza circoscrive, invece, la punibilità alle condotte caratterizzate da alcuni presupposti di rilevanza quantitativa e da determinati percorsi causali, che si riassumono nella diffusione di germi patogeni di cui si abbia il possesso.

Ciò premesso, si pone, anzitutto, la questione della natura del reato in esame: a tal proposito, schematizzando, è possibile enucleare tre impostazioni di fondo.

Secondo un primo orientamento – che polarizza l'attenzione sull'elevato numero delle persone lese, a scapito dei requisiti dell'incontrollabilità della diffusione e dell'indeterminatezza delle vittime potenziali, che degraderebbero a dati insiti presuntivamente nel fenomeno lesivo – quello di epidemia sarebbe un *reato di danno*, cui sarebbe connaturato e immanente il pericolo di ulteriore diffusione del morbo.

Un diverso indirizzo inquadra, invece, in chiave “emergenziale”, la fattispecie di epidemia in termini di *reato di pericolo* incentrato sull'elevato tasso di diffusività del virus “Covid-19” e sul correlativo pericolo di contagio pluripersonale, a prescindere dalla prova dell'effettiva trasmissione del virus e, in buona sostanza, dalla forma vincolata imposta dal legislatore al delitto in esame. Nell'“emancipare” la fattispecie dalla fondamentale portata causale – e, per così dire, iniziatrice (rispetto ad un dato territorio) – che, come vedremo, il legislatore ha impresso alla condotta tipica, siffatta interpretazione “adeguatrice” mira ad assicurare adeguati livelli di effettività applicativa in rapporto all'emergenza sanitaria in corso.

Un profilo comune ad entrambi gli orientamenti sopra accennati è rappresentato

dal fatto di non tenere adeguatamente conto della natura di delitto di pericolo comune propria della fattispecie di epidemia: i confini della tipicità vengono, infatti, tracciati senza considerare, nel primo caso, la "proiezione teleologica" della contaminazione (ossia il pericolo di ulteriore propagazione della malattia in danno di più persone indeterminate), nel secondo, il "referente materiale", rappresentato dal danno arrecato alla salute o alla vita di soggetti determinati tramite la trasmissione del virus.

Deve, pertanto, ritenersi preferibile l'interpretazione che, inquadrando l'epidemia quale delitto di pericolo comune, richiede la sussistenza di un duplice evento: il primo, il "referente materiale", rappresentato da un evento di danno pluripersonale; il secondo, che incarna la "proiezione teleologica", dato dalla messa a repentaglio della vita, incolumità fisica o vita di più soggetti indeterminati, per effetto della diffusività del danno materiale.

In quanto "danno qualificato dal pericolo", il delitto di epidemia presuppone, dunque, che il danno arrecato alla vita o alla salute di più persone determinate tramite la trasmissione del virus (c.d. infezioni primarie) sia caratterizzato dal pericolo di un'ulteriore propagazione della malattia contagiosa in danno di una pluralità indeterminata di persone (c.d. infezioni secondarie), in conseguenza della diffusività e della rapida trasmissibilità del morbo e della conseguente difficoltà di controllo e di contenimento.

I corollari di tale inquadramento sono evidenti: se la dipendenza eziologica del danno pluripersonale dalla condotta del soggetto attivo («diffusione di germi patogeni») deve essere dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio sulla base dei parametri messi a fuoco nella sentenza "Franzese" (ed incentrati, come è noto, sulla distinzione "metodologica" tra "probabilità statistica" e "probabilità logica"), la proiezione teleologica (pericolo collettivo) può, invece, essere accertata sulla base di leggi epidemiologiche (c.d. causalità generale).

Come vedremo, predetto assetto strutturale rende il tentativo di rendere applicabili gli artt. 438 e 452 Cp irto di difficoltà e di ostacoli in rapporto alle concrete forme di manifestazione del contagio e della diffusione del virus "Covid-19".

4. Ulteriori divergenze di opinione si riscontrano in ordine al soggetto attivo del reato. Con riferimento all'attuale emergenza sanitaria, ci si è, infatti, chiesto se possa commettere il delitto di epidemia il soggetto infetto, esso stesso vettore di germi patogeni.

Secondo la teoria della c.d. *alterità* tra vettore ed agente patogeno, il concetto normativo di “diffusione” presupporrebbe la separazione del germe patogeno rispetto all’agente e non sarebbe integrato nei casi di “contagio umano” (ossia di contaminazione che si realizzi tramite contatto fisico tra soggetto attivo e vittima). Si tratta di un’interpretazione restrittiva, cui aderisce anche la S.C., fondata sulla distinzione tra contagio e diffusione e che individua l’autore del reato nel solo soggetto che, essendo in possesso fisico di germi patogeni, li diffonda, cagionando l’epidemia.

La tesi volta a limitare la cerchia dei soggetti attivi a coloro i quali abbiano la disponibilità – sia pur in senso penalistico – dei germi patogeni, con la conseguente esclusione della persona affetta da malattia contagiosa, viene criticata da quanti sottolineano il difetto di previsione espressa del requisito del possesso dei germi patogeni e la conseguente irrilevanza della separazione fisica tra oggetto e soggetto della diffusione.

Essi sono i sostenitori della tesi della c.d. *unitarietà*, secondo cui la diffusione epidemica potrebbe realizzarsi anche nel caso in cui il soggetto attivo si faccia vettore di germi patogeni tramite la propria persona; una tesi di recente avallata, *incidenter tantum*, anche dalla S.C., che ha ammesso, sia pur in astratto, tale possibilità, pur riconoscendo la maggiore difficoltà pratica di integrazione della fattispecie (Cass. 30.10.2019 n. 48014).

Sul presupposto che l’espressione “mediante diffusione di germi patogeni” debba essere ricostruita nel senso dell’esclusione dall’ambito dell’epidemia di strumenti diffusivi diversi dai germi patogeni (ad es., sostanza tossiche, radioattive, ecc.), a supporto di tale interpretazione si fa osservare che il richiamo normativo all’art. 452 Cp operato dal già citato art. 2 co. 3 d.l. 33/2020, si giustificerebbe soltanto nel senso che il reato in esame sia realizzabile anche dal soggetto infettato quale possibile veicolo di diffusione dei germi patogeni, ogni qual volta il contagio da parte di una persona infetta assuma carattere massivo e sincronico, data la sua elevata contagiosità.

Il fatto che il delitto di epidemia colposa sia stato richiamato dal legislatore nella clausola di riserva prevista nella citata fattispecie contravvenzionale non pare risolutivo: come anticipato, vi è, infatti, il fondato sospetto che predetto richiamo assuma una valenza meramente strumentale al rispetto della misura della quarantena obbligatoria, a prescindere dalla questione dell’effettiva e concreta applicabilità della fattispecie codicistica alla peculiare situazione di emergenza in atto.

Come è stato rilevato da G. De Francesco a proposito della «difficoltà che il

“contagio da persona a persona” possa assumere la connotazione dimensionale e temporale di una malattia epidemica», la stessa portata semantica del termine “diffusione” implica necessariamente una dimensione di “carattere sincronico e necessariamente massivo”, caratteristiche incompatibili con il contagio da persona a persona, salvo che «non possa ipotizzarsi una sorta di inverosimile “intesa collettiva”, nella forma di un concorso di persone (perlopiù sorretto da dolo), volta ad attuare un vasto e coordinato piano di trasmissione di agenti patogeni rivolta contestualmente a danno di una molteplicità di destinatari»; in altri termini, siamo, infatti, di fronte ad un delitto che «nei contenuti (e nel corrispondente livello delle sanzioni), sembra eccedere la sfera delle capacità operative da parte di un soggetto che, per sua disgrazia, risulti portatore del *virus Covid-19*».

Come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine, la “signoria” dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico deve ritenersi la preconditione della “diffusione dei germi patogeni”, ossia della modalità attraverso la quale la causazione di un'epidemia assume rilevanza penale. Quello del controllo o dominio originario sulla malattia epidemica è, infatti, un requisito selettivo in difetto del quale le difficoltà di accertamento del nesso eziologico – richiesto dalla norma – sono destinate a rivelarsi, di fatto, insormontabili.

5. La tesi qui sostenuta è che natura di delitto di pericolo comune, sfera di signoria sui germi patogeni e struttura di reato di evento (qualificato dal pericolo pluripersonale), costituiscano, in effetti, aspetti interdipendenti e inscindibili, che qualificano la tipicità del fatto.

Si tratta di un assunto che poggia sulla valorizzazione del peculiare ruolo e significato che, nell'economia della fattispecie, assume il riferimento normativo alla necessità che la causazione dell'epidemia avvenga mediante «la diffusione di germi patogeni» (ovvero di microrganismi idonei a provocare una malattia infettiva o contagiosa).

Come è noto, tale locuzione normativa ha dato luogo a due diverse impostazioni ermeneutiche, con rilevanti conseguenze in chiave disciplinare.

Un primo orientamento, dominante in dottrina e in giurisprudenza, ritiene che il delitto in esame considerarsi a forma vincolata: il legislatore non si sarebbe limitato a richiedere la causazione di un dato risultato lesivo, ma avrebbe, invece, previsto anche il percorso causale, con la conseguenza che la derivazione del medesimo evento da un

diverso processo causale difetterebbe di tipicità.

Come rilevato dalla S.C., «l'epidemia costituisce l'evento cagionato dall'azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l'agente sia in possesso»; si ritiene che la materialità del delitto sia «costituita sia da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni che da un evento di pericolo, rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione» (Cass. 9133/2017, *cit.*).

Assai rilevante il corollario: incentrandosi su una condotta commissiva a forma vincolata, l'art. 438 Cp sarebbe, dunque, di per sé strutturalmente incompatibile con il disposto dell'art. 40 co. 2 Cp.

Un secondo orientamento – di carattere minoritario, che ha registrato proprio in coincidenza dell'emergenza pandemica crescenti consensi – ritiene, invece, che il delitto in esame rientri nella categoria dei reati "a forma libera" e "a mezzo vincolato". La tesi secondo cui l'indicazione del mezzo non comporterebbe anche la specificazione delle note modali della condotta – che rimarrebbe a forma libera – ha ricevuto, sia pur *incidenter tantum*, anche l'avallo di una sentenza della S.C. (antecedente all'emergenza Coronavirus), in cui si rileva che con la formula "mediante la diffusione di germi patogeni" il legislatore avrebbe inteso soltanto individuare il tipo di evento rilevante, ovvero le malattie infettive, e non già indicare una puntuale tipologia di condotta (Cass. n. 48014/2019).

Il pregnante corollario di tale interpretazione è dato dalla possibilità di attribuire rilevanza penale all'epidemia mediante omissione: sul presupposto secondo cui «il non fare qualcosa» possa «produrre la diffusione» e l'omissione «consista nel non inserire il dovuto ostacolo alla diffusione», parte della dottrina ritiene che l'epidemia colposa sia configurabile in forma omissiva, tutte le volte in cui la regola cautelare inosservata abbia come scopo quello di ostacolare la diffusione dei germi patogeni (alla medesima conclusione perviene anche chi – come S. Tordini Cagli – ritiene che la rilevanza delle condotte omissive discenda già dall'interpretazione letterale della fattispecie, la cui formulazione attesterebbe già l'ininfluenza delle modalità di diffusione, senza necessità di ricorrere all'art. 40 co. 2 Cp).

Aldilà della diversità di motivazioni e argomentazioni, le tesi propense ad



ammettere la configurabilità del reato in forma omissiva risultano – come rilevato dalla S.C. – non rispettose del principio di tipicità, in quanto finiscono per disapplicare o interpretare riduttivamente – la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, che, lungi dall’assumere una valenza meramente pleonastica o addirittura tautologica, rappresenta, al contrario, uno degli elementi essenziali della fattispecie (cfr. Cass. n. 9133/2017).

Se l’epidemia rappresenta «bensì un reato di evento, ma con “forma” e modalità “vincolate” al presupposto che la condotta dell’autore si sostanzia in una “diffusione di germi patogeni”», allora, come osservato da G. De Francesco, «il richiamo espresso alla “diffusione” del fattore patogeno – per non apparire del tutto pleonastico nell’economia della fattispecie – sembra dover inerire, ancor prima, alla stessa dimensione strutturale della condotta “mediante” la quale si viene a cagionare il fenomeno epidemico»: si tratta di un profilo valorizzato dalla stessa giurisprudenza, «quand’essa fa leva sul carattere “contestuale” e “cronologicamente circoscritto” della manifestazione del fenomeno suscettibile di interessare l’integrazione della fattispecie». Ad assumere valore dirimente la questione inerente alla struttura del reato e alla configurabilità dell’ipotesi omissiva è, come rilevato dall’autore citato, «il carattere immediatamente diffusivo dei fattori potenzialmente causali intrinseco *nello stesso tipo di comportamento* richiesto dalla norma».

La dimensione sincronica e necessariamente “massiva” della condotta diffusiva conferma l’incompatibilità logico-strutturale tra contagio di virus “da persona a persona” e delitto di epidemia.

Lungi dal risultare pleonastica o circoscritta al piano del mezzo utilizzato, la formula normativa «mediante la diffusione di germi patogeni» appare espressiva di un presupposto negativo dal cui accertamento dipende la rilevanza del fatto.

La tipicità del fatto è, infatti, subordinata alla condizione che la trasmissione del virus intervenga in un contesto spaziale o territoriale in cui la contaminazione non sia già in atto, i germi patogeni non si siano già propagati. A ben vedere, infatti, intanto i germi patogeni possono essere “diffusi” in senso proprio, in quanto i medesimi non siano già presenti e “circolanti” in un dato contesto: in questo senso, l’applicabilità dell’art. 438 Cp risulta condizionata dall’accertamento dal carattere “incontaminato” – rispetto ad un determinato virus – del luogo/spazio in cui è stata tenuta la condotta di spargimento.

6. Non appena si volga l'attenzione alla necessità di una rigorosa verifica del nesso causale tra condotta inosservante di norme cautelari tenuta dal soggetto attivo ed esiti lesivi in danno di un congruo numero di soggetti colpiti dalla malattia (c.d. referente materiale), le difficoltà di accertamento della responsabilità penale a titolo di epidemia sono destinate ad accrescersi in modo esponenziale.

Il duplice fattore che rende estremamente ardua l'applicabilità di predetta fattispecie nel caso del contagio "Covid-19" è costituito dal carattere ubiquitario e dalla pluralità dei modi di trasmissione di tale *virus*.

Il primo fattore rende, di fatto, pressoché impossibile accertare con elevato grado di probabilità logica l'eventuale intervento di fattori causali alternativi e, cioè, che il soggetto non sia stato contagiato *aliunde*: risulta, in effetti, particolarmente difficile stabilire il momento esatto in cui il predetto virus sia stato contratto, tenuto conto anche dell'incertezza in ordine alla durata del periodo di latenza del morbo.

Come osserva la S.C. in un caso di omessa integrazione del documento di valutazione dei rischi e omessa valutazione del rischio biologico all'interno di una casa di riposo (con conseguente contestazione del reato di epidemia a carico del titolare), non è possibile dimostrare la sussistenza del nesso di causalità tra condotta inosservante e diffusione del virus all'interno della RSA diretta dall'imputato in conformità delle teoria condizionalistica orientata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche. Secondo la S.C., «alla stregua del giudizio contro fattuale, ipotizzando come realizzata la condotta doverosa ed omessa dall'indagato, non è possibile desumere "con alto grado di credibilità logica o credibilità razionale" che la diffusione/contrazione del virus Covid-19 nei pazienti e nei dipendenti della casa di riposo sarebbe venuta meno. Non è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, *ex art. 27 d. lgs. 81/2008*, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi (come, ad esempio, per la mancata osservanza delle prescrizioni impartite nel DPCM per le case di riposo quali di indossare le mascherine protettive, del distanziamento o dell'isolamento dei pazienti già affetti da covid, ovvero a causa del ritardo negli esiti del tampone)» (Cass. n. 20416/2021).

Tale presa di posizione dimostra come solo in apparenza la dimostrazione del nesso causale si riveli meno impegnativa in riferimento a condotte poste in essere in ambiti delimitati dal punto di vista spaziale e della cerchia di persone coinvolte: come rilevato da M. Pelissero, anche in questi casi, infatti, dovremo «al di là di ogni ragionevole

dubbio, escludere fattori causali alternativi e, considerando la molteplicità delle forme di trasmissione del virus, diventa difficile, se non impossibile, giungere all'accertamento del nesso causale».

Dal punto di vista della probabilità logica, il livello di criticità dell'accertamento del nesso causale è destinato ad aumentare in considerazione del fatto che il virus Covid-19 si diffonde spesso in condizioni di "co-morbilità": nei casi in cui esso sia contratto da soggetti affetti da altre patologie, diviene, particolarmente difficile verificare se l'evento lesivo dipenda (anche) dal coronavirus (anche sotto il profilo dell'anticipazione dell'evento morte o dell'alterazione del decorso della malattia pregressa).

Le considerazioni che precedono valgono non soltanto per le ipotesi di causazione in senso proprio della presunta epidemia (innesco della diffusione della malattia contagiosa), ma anche per quelle di aggravamento della situazione epidemica in corso (ulteriore propagazione dell'infezione, suscettibile di rilevare ex art. 41 Cp), nel caso in cui si ritenesse di prescindere dal carattere "iniziatore" della condotta. Come rilevato da M. Pelissero, si porrebbe, in ogni caso, la necessità di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la causazione di nuovi contagi e l'ulteriore diffusione del morbo dipenda proprio dalla condotta inosservante: se ci si accontentasse di accertare l'aumento del rischio di tali eventi sulla base di parametri epidemiologici, si finirebbe, infatti, per trasformare un reato di evento qual è l'epidemia in un reato da rischio epidemico, alterando la struttura dell'art. 438 Cp.

6.1. Al fine di superare le difficoltà che la prova del nesso causale pone in riferimento al contagio "Covid-19", in dottrina si è cercato di "flessibilizzarne" l'accertamento, ora incentrando la dimostrazione della causalità dell'evento epidemico sull'*accertamento alternativo*, ottenuto sulla base del notevole incremento di casi di mortalità/morbilità da "Covid-19" nel contesto considerato, ora, invece, prescindendo *ex post* dall'identificazione delle singole vittime e considerando le singole lesioni individuali quali sintomi del pericolo comune.

Partendo dal presupposto secondo cui il reato di epidemia sarebbe un reato a forma libera e quasi tutti i casi di mancato impedimento di un focolaio di "Covid-19" sarebbero «riconducibili allo schema del concorso omissivo in un reato commissivo ovvero dell'omesso impedimento del reato (commissivo) altrui», S. Zirulia ritiene che «le difficoltà di prova della causalità individuale registrate con riferimento ai reati

contro la persona siano qui destinate quanto meno a stemperarsi, in ragione del carattere collettivo e impersonale dell'evento tipico» e del mutamento dell'oggetto dell'accertamento causale. Secondo l'autore citato, «persuasive considerazioni di ordine teleologico» ed empirico-criminologico indurrebbero a ritenere che possa integrare l'art. 438 Cp non solo «l'innescò di un fenomeno epidemico altrimenti inesistente (...) ma anche il significativo aumento dell'incidenza della patologia all'interno di una comunità circoscritta, già inserita all'interno di un contesto pandemico».

Secondo l'impostazione in esame, nel caso in cui «l'accertata presenza di ammalati in più rispetto all'atteso raggiunga le dimensioni di un focolaio vero e proprio», lo studio epidemiologico sarebbe «in grado di fotografare l'evento lesivo di epidemia»: il delta tra "atteso e registrato", nella sua dimensione impersonale, non sarebbe in grado di fornire alcuna indicazione «in merito a *chi* sono coloro che si sarebbero ammalati in ogni caso (in linea con il tasso di morbilità che si registra nella popolazione assunta a termine di confronto), e chi sono invece coloro che si sono ammalati proprio in ragione delle specifiche condizioni registrate all'interno di quell'ambiente».

Si ritiene, però, che quello inerente all'identità delle persone contagiate sia un *deficit* informativo irrilevante rispetto ad un reato come l'epidemia che, essendo posto a presidio della salute di collettività indeterminate di persone, dovrebbe essere ricostruito in chiave impersonale e meta-individuale (non solo rispetto alla proiezione teleologica: pericolo pluripersonale) ma anche rispetto al "referente materiale" del reato di pericolo comune (contagio con esiti lesivi in danno di più persone), suscettibile di essere descritto e accertato «in termini aggregati e impersonali, sulla base del dato scientifico relativo all'eccesso di morbilità nel gruppo osservato».

Sul presupposto che la prova della causalità possa essere raggiunta sulla base di evidenze esclusivamente epidemiologiche, si ritiene che, in presenza di un'eccedenza anomala di casi rispetto a quanto è accaduto nel resto della popolazione, anche l'esclusione di decorsi causali alternativi possa essere declinata "a livello di popolazione" e che il fatto che rimanga indeterminata l'identità dei contagiati non osti al riconoscimento della sussistenza di un reato contro la salute pubblica come l'epidemia. In tal modo, si ritiene di superare le gravi difficoltà poste dal carattere ubiquitario del virus e dalle frequenti situazioni di comorbilità (cui si è fatto cenno) e di soddisfare le istanze teleologiche ed empirico-criminologiche asseritamente sottese all'accertamento del nesso causale su base esclusivamente epidemiologica.

Ad essere punita sarebbe, dunque, una condotta inosservante tenuta all'interno di un determinato territorio o ambiente di vita, con la conseguente eccedenza anomala di contagi rispetto a quanto è accaduto nel resto della popolazione, che incarna il disvalore di evento.

Siffatta lettura assiologico-emergenziale finisce, però, per amputare la fattispecie del (primo) requisito fondamentale rappresentato (come si è visto) dalla causazione, mediante diffusione di germi patogeni, di lesioni personali o della morte in danno di più persone determinate (c.d. referente materiale del disastro sanitario).

Se è indubbio che il pericolo sanitario pluripersonale possa e debba essere accertato su base epidemiologica, è altrettanto evidente che le istanze di flessibilizzazione dell'accertamento causale non possano spingersi fino al punto di alterare i confini della tipicità e di contraddire i pregnanti nessi logico-sistematici che intercorrono tra l'art. 438 Cp e gli altri reati di "pericolo comune mediante frode" di cui al Capo II del Titolo VI. Si deve, piuttosto, ribadire come le correlazioni probabilistiche (tratte da leggi elaborate dall'epidemiologia) non abbiano alcuna capacità esplicativa rispetto alle singole lesioni personali o alle morti storicamente determinate, la prova della cui effettiva dipendenza dalla condotta del soggetto attivo del reato è, del resto, richiesta dall'art. 438 c.p. oltre ogni ragionevole dubbio.

Una simile dimostrazione si rivela una "*probatio diabolica*" nel caso in cui si prescindano dal presupposto – logicamente sotteso all'art. 438 Cp – della "sfera di signoria" sul morbo, della portata "iniziatrice" della condotta del soggetto attivo.

7. Ulteriori e non lievi criticità sono poste dal riscontro del coefficiente colposo: i profili problematici riguardano tanto l'individuazione delle regole cautelari, quanto i profili della c.d. causalità della colpa e dell'esigibilità dell'osservanza delle norme prevenzionistiche.

In dottrina è stata sottolineata la difficoltà di distinguere – sotto il profilo funzionale – tra misure di contenimento di natura propriamente *cautelare* – in quanto aventi un'effettiva finalità di prevenire la diffusione del virus, sulla base dell'evidenza scientifica sulla diffusione e trasmissibilità (come, ad es., l'utilizzo di determinati indumenti protettivi o il rispetto di determinate prescrizioni igieniche, l'uso mascherine in contesti chiusi, ecc.), misure aventi, invece, un ruolo *precauzionale* (si pensi, ad es., alle regole sul distanziamento sociale) o meramente *disciplinare* (come il divieto di ingresso ai parchi o alle aree verdi, anche mantenendo la distanza sociale).

Un’ulteriore criticità è data dal fatto che la frequente connotazione elastica della norma cautelare positivizzata chiama il giudice all’integrazione del giudizio di prevedibilità e di evitabilità dell’evento, inevitabilmente sbilanciata sul versante della colpa generica e foriera di incertezze in ordine alla determinazione della condotta attesa e pretesa dall’ordinamento nel caso di specie.

8. Nell’insieme, appare, dunque, avvalorata la tesi secondo la quale la concreta applicabilità della fattispecie di epidemia “sta e cade” con la sfera di signoria del soggetto attivo sulla “diffusione” dei germi ovvero con il “possesso” di quest’ultimi, secondo quanto in precedenza illustrato.

Ai fini dell’integrazione dell’art. 438 Cp non si richiede, dunque, soltanto la prova dell’effettiva trasmissione a più persone del germe patogeno, con contestuale pericolo di ulteriore propagazione del virus, bensì anche la dimostrazione della signoria dell’agente sull’insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico in uno specifico ambito spazio-territoriale.

Teoria dell’alterità tra vettore ed agente patogeno, natura di reato di “danno qualificato dal pericolo”, condotta “vincolata”, rappresentano – come si è visto – i cardini – funzionalmente interdipendenti – sui quali il legislatore ha incentrato la fattispecie di epidemia, al fine di soddisfare delicate esigenze probatorio-processuali.

Nella consapevolezza delle insidie probatorie poste dal carattere ubiquitario del virus, al reato in esame è attribuita una connotazione selettiva e frammentaria, difficilmente compatibile con il tentativo di “rigenerazione” applicativa operato in dottrina, al fine di superare il rigore ermeneutico sotteso alla ricostruzione “tradizionale”.

La messa in discussione della portata “causale” ed “iniziatrice” che la condotta del soggetto attivo deve, in concreto, presentare affinché la fattispecie possa trovare applicazione comporta ora insormontabili difficoltà di accertamento (*in primis*, del nesso causale), ora profili di contrasto con il principio di legalità e con le metodologie di verifica dei nessi di imputazione fissate in chiave di garanzia dalla giurisprudenza di legittimità.

Il fatto che, nella prevenzione e repressione di condotte inosservanti nel contesto dell’attuale emergenza pandemica, il binomio di cui agli artt. 438 e 452 Cp non sia in grado di svolgere il ruolo “primario” che parte della dottrina vorrebbe attribuirgli è, altresì, confermato dal fatto che il legislatore, nell’introdurre limitazioni della

responsabilità penale colposa (punibilità solo nei casi di "colpa grave") per morti o lesioni in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da "Covid-19" (art. 3-bis d.l. 44/2021 conv. in l. 76/2021), non abbia preso in considerazioni il delitto in esame, riferendo la sfera di operatività di predetta causa di non punibilità al solo ambito dei delitti contro la persona.

A predetta opzione pare sottesa la valutazione di non necessità di estensione della limitazione di responsabilità in considerazione della remota possibilità di applicazioni concrete di tale peculiare fattispecie, tenuto conto dell'elevato livello di problematicità che il carattere ubiquitario del virus comporta in sede di accertamento del reato.

9. L'eccezionalità, la drammaticità, dell'emergenza sanitaria che ha sconvolto la vita dell'intero pianeta, non deve far trascurare la necessità di osservare, anche in questo caso, il "principio di realtà". Un principio che, come è stato incisivamente osservato da G. De Francesco, è destinato a «a coniugarsi ed armonizzarsi con un profilo di garanzia saldamente radicato nella tradizione penalistica: quello, cioè, della tipicità dell'illecito, e della connessa esigenza di un'interpretazione che non si muova liberamente in una prospettiva "ermeneutica" insofferente della formula legale, ma che sappia invece mantenersi all'interno delle scelte desumibili dalla fattispecie, cogliendone i significati alla luce della dimensione attribuita agli elementi che ne qualificano e ne caratterizzano lo specifico contenuto di disvalore».

Non possono, pertanto, giustificarsi interpretazioni volte ad adeguare *ex post* le norme incriminatrici alle peculiarità del fatto concreto e, in particolare, la manipolazione "in chiave emergenziale" della struttura della fattispecie di cui all'art. 438 Cp in funzione di adattamento alla contingente crisi sanitaria, al fine di fronteggiare il diffuso pericolo di trasmissione del virus "Covid-19" da parte di singoli contagiati o, ancor peggio, l'inosservanza in sé delle misure di protezione e di sicurezza sanitaria.

10. La soluzione del problema non può, però, essere quella di "caricare" indebitamente di funzioni repressive fattispecie delittuose – come quella di epidemia – che trascendono la dimensione *personale* della tutela della vita e della salute, proiettandosi verso una salvaguardia di portata collettiva, che finisce per risultare affetta da un'evidente "sproporzione di scala" rispetto alle concrete dinamiche del contagio.

Ciò non significa che, dal punto di vista politico-criminale, le diagnosi dottrinali di inadeguatezza e anacronismo degli artt. 438 e 452 Cp rispetto alle attuali fenomenologie di danno non meritino di essere prese in considerazione in prospettiva di riforma.

Le istanze di prevenzione e repressione che oggi si polarizzano sterilmente sulla fattispecie “limite” di epidemia, sottoponendola a torsioni e a “forzature” espressive di uno “stato di emergenza” applicativa, in contrasto con i principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, potrebbero essere, invece, “incanalate” – e meglio valorizzate – in un diverso – e più funzionale – scenario punitivo, volto a porre rimedio all’ineffettività palesata da forme di protezione penale imperniate – anche solo in parte (come nel caso dell’epidemia) – sul rigido paradigma del diritto penale d’evento.

Si tratta, dunque, di valutare l’opportunità di introdurre nel sistema forme e modelli alternativi di tutela in grado di sopperire alla sostanziale assenza nell’ordinamento di moduli di anticipazione della tutela della vita e della salute del consociato in grado di corrispondere ad esigenze di contenimento del pericolo *personale* o *individuale* ossia fattispecie incriminatrici incentrate sul pericolo di trasmissione del virus che, come tali, possano sottrarsi alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico.

Ad assumere rilievo potrebbero essere fattispecie di mera condotta, incentrate sul pericolo concreto di trasmissione del virus o del contagio di malattie infettive o pericolose per la salute individuale, con una dosimetria della risposta sanzionatoria adeguata al mutato disvalore del fatto, in accordo al principio di proporzionalità della pena.