

**ANCORA SULL'INFEZIONE DA SARS-COV-2: OMICIDIO
E LESIONI PERSONALI TRA INCERTEZZE SCIENTIFICHE,
SOVRADETERMINAZIONI CAUSALI E TRAPPOLE COGNITIVE***

di Ombretta Di Giovine

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Foggia)

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. I modelli di spiegazione causale nella medicina in generale e nel Covid-19 in particolare; - 3. I modelli di spiegazione causale nel diritto penale. La causalità "Franzese"; 4. Interludio su incertezze e (ragionevoli) certezze in tema di Covid-19; - 5. La difficoltà di escludere i fattori causali alternativi; - 6. Coronavirus, accertamento causale ed epidemiologia; - 7. Infezione di Covid-19 e elemento soggettivo. Breve inciso sul dolo; - 8. L'elemento soggettivo-colpa. Introduzione; - 9. La colpa specifica; - 10. La colpa generica; - 11. Inciso sui rischi di novelle legislative volte a delimitare la responsabilità del sanitario (quel che ci insegna il passato); - 12. Cenni sulla responsabilità degli apici; - 13. Scelte tragiche nei reparti di rianimazione; - 14. Conclusione.

1. Le seguenti poche note puntano ad evidenziare gli ostacoli sulla strada della retta configurabilità di una responsabilità per omicidio e lesioni personali in relazione alla diffusione della infezione da SARS-CoV-2¹.

A tal fine, passando per la causalità, ci soffermeremo sull'elemento soggettivo, avendo prevalentemente riguardo alla posizione di soggetti qualificati (datori di lavoro e operatori sanitari) e accennando a quella degli apici amministrativi e dei c.d. decisori politici.

Anticipiamo che, all'esito dell'indagine, i casi in cui sarà possibile accertare con rigore una responsabilità per contagio di Covid-19 risulteranno molto contenuti, il che dovrebbe consigliare un uso parco del procedimento e dell'azione penale in questa materia.

* Testo della Relazione "*Profili di responsabilità per omicidio e lesioni personali correlati al contagio da SARS COV-2: problematiche relative all'accertamento del rapporto causale e alla valutazione della colpa*", al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su "*L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulla giustizia penale*", 11-12 gennaio 2021.

¹ Sul sito del Ministero della Salute si trova precisato che SARS-CoV-2 è il nome del virus; Covid-19 è il nome della malattia ad esso associata.

2. Al fine di inquadrare in modo quanto più preciso i termini del problema eziologico in materia penale, pensiamo sia utile elencare molto sinteticamente i principali modelli di spiegazione della malattia affacciatisi in ambito epistemologico².

Accenniamo soltanto alle antiche impostazioni, che spiegavano la malattia in chiave di visitazione divina (si pensi all'epilessia), e alla teoria umorale, attribuita ad Ippocrate ma sopravvissuta fino agli anni Sessanta del XIX secolo, secondo cui la salute del corpo sarebbe dipesa dallo stato in cui si trovavano sostanze dette appunto *umori*.

In tempi più recenti, grande importanza ha rivestito la *teoria microbionica o microbiologica*, che seguì alla scoperta dell'esistenza di microorganismi da parte di Pasteur e di altri scienziati i quali studiavano il processo di fermentazione e che è basata sull'idea che la malattia sia determinata dall'ingresso di un corpo estraneo in un corpo ospite.

La teoria microbiologica, proponendo una spiegazione semplice e lineare, di tipo condizionalista, si atagliava a malattie in passato molto diffuse e rilevanti, quali la tubercolosi e il colera.

A un certo punto, parve però recessiva in quanto non riusciva più a spiegare patologie emergenti i cui fattori predisponenti possono essere al limite figurati in termini di "reti causali" le quali si intrecciano in modo tutt'altro che lineare e decodificabile e che tutt'al più rispondevano a (peraltro non stringenti) regolarità statistiche (si pensi alle c.d. malattie del benessere, quali il diabete, l'ipertensione, l'arteriosclerosi e, ovviamente, ai tumori generici)³.

Fu allora che l'immagine delle c.d. *webs of causation* assurse a simbolo per significare, in amplissimi settori della medicina, le insuperabili difficoltà nell'accertamento della causa necessaria⁴.

Inutile chiosare che, ad onta di ogni previsione, la teoria microbiologica sembra essere stata riportata in auge dalla pandemia Covid-19.

In termini generali, è opportuno precisare che la spiegazione forse più convincente di qualunque malattia, risponde ad un modello misto, di tipo "verticale". La spiegazione cioè attinge: ai livelli più bassi, alle conoscenze della fisica e della chimica (usa quindi un linguaggio formalizzato e leggi universali); ai livelli intermedi, alla fisiologia, dove cominciano a manifestarsi incertezze predittive; a livello clinico può ben chiamare in causa sempre ancor più blande correlazioni statistiche⁵.

² Per un affresco più completo, R. Campaner, *La causalità tra filosofia e scienza*, Bologna 2012 e, con riferimento specifico alla epistemologia medica, Ead., *Spiegazioni e cause in medicina*, Bologna 2005.

³ Sui processi cognitivi in materia medica, P. Thagard, *How Scientists Explain Disease*, Princeton University Press, 1999; trad. it., *La spiegazione scientifica della malattia*, Milano 2001.

⁴ P. Vineis, *Modelli di rischio*, Milano 1990, in part. 49 ss.

⁵ G. Corbellini, *Filosofia della medicina*, in Vassallo (a cura di), *Filosofie delle scienze*, Torino 2003, 228, che cita M.S. Blois, *Medicine and the Nature of Vertical Reasoning*, in *TNEJM*, 1988, 318, 847.

Ciò ovviamente non toglie che se il SARS-Cov-2 non entra nell'organismo ospite, questo non si ammala.

3. Può essere forse anche interessante notare che, sebbene con grandissima approssimazione, i modelli di spiegazione causale in medicina appaiono per parte sovrapponibili ai modelli di spiegazione causale nel diritto penale.

Anche nel diritto penale sono resistiti sino a tempi molto recenti paradigmi "arcaici", basati su un pensiero che potremmo spingerci a definire "magico", come la causalità umana di Antolisei, la quale evocava attorno all'uomo una sorta di misteriosa aura: la "sfera di dominio" causale al cui interno era invero fin troppo facile condurre o escludere ciò che si desiderava, in base ad apprezzamenti discrezionali.

Anche nel diritto penale si sono confrontati modelli dotati di più solide basi epistemologiche, come quelli condizionalisti e regolaristi.

Quanto ai primi, l'ovvio riferimento è alla *conditio sine qua non*, alla base della teoria della equivalenza causale recepita dal legislatore del 1931, che si pone in linea con il succitato modello microbiologico della spiegazione causale in medicina e che ha a che fare con la logica.

Quanto ai secondi, sono evidenti le assonanze con la causalità adeguata e poi con la causalità scientifica del "primo" Stella, quest'ultima strumentalmente usata da una giurisprudenza (che l'aveva mutata in mero "aumento del rischio") per ottenere una decodificazione causale di fenomeni complessi.

E' poi storia nota e ormai risalente che la sentenza SS.UU. Franzese ha proposto una sintesi dei due modelli, suggerendo all'interprete di procedere secondo un giudizio bifasico. Una specie - con qualche forzatura - di "modello misto".

Le SS.UU. del 10 luglio 2002, prima, hanno imposto di verificare la causalità generale, in termini peraltro di mera plausibilità scientifica e cioè secondo *possibilità* statistica (senza esigere percentuali statistiche vicino a 1 e cioè alla certezza). Passaggio che evoca il richiamo alle teorie regolariste.

Quindi, hanno chiesto di accertare la probabilità logica dell'ipotesi, e cioè la causalità concreta, che continua ad atteggiarsi in chiave condizionalista. La differenza rispetto al passato sta nella circostanza che il giudizio ipotetico della irrealtà implicito nella *conditio sine qua non* dovrà ora essere svolto escludendo le cause alternative, e non più eliminando mentalmente l'antecedente.

Se è così, sul piano della teoria, lo schema causale nelle infezioni da SARS-CoV-2 appare, in linea di principio, semplice e lineare, perché risponde al modello microbiologico di stampo condizionalistico. Ciò che si prospetta da subito difficile, nella gran parte dei casi impossibile, è l'esclusione di fattori causali alternativi. In proposito, è opportuna una precisazione.

4. Si sarebbe tentati di pensare che l'accertamento causale sia sempre precluso dall'incertezza scientifica che circonda la materia in oggetto.

Prescindiamo da ogni discussione teorica sulla contrapposizione tra "posizioni kuhniane", che ammettono l'assestamento, seppur temporaneo, in certi momenti, di veri e propri paradigmi, e "posizioni popperiane", che individuano il tratto caratterizzante della scienza nella falsificabilità e quindi nella sostanziale continua rivedibilità delle sue ipotesi (di talché "scienza certa" sarebbe un ossimoro).

Svolgendo la riflessione su un piano più prosaico, vero è che la scienza restituisce informazioni fisiologicamente *elastiche*, ad esempio, sulla distanza fisica da osservare per evitare il contagio, sul tempo di incubazione del virus, sulla sua permanenza sui diversi tipi di superficie ecc.

Vero è pure che restituisce informazioni *incerte* sull'andamento della pandemia, sul comportamento del virus (sul punto torneremo) e forse ancora sulle cure (per lungo tempo sono stati applicati farmaci *off label* e tentate terapie sperimentali differenziate nei diversi Stati ed anche in diverse regioni dello Stato).

Senza dunque negare la permanenza di ampi margini di vaghezza e di incertezza scientifica (che, come diremo, potrebbero rilevare in sede di colpa), va riconosciuto però che la scienza ci ha offerto da subito anche informazioni più sicure. La struttura molecolare del *virus* è stata presto isolata, identificata e studiata; si è subito compreso che il virus si è trasferito dall'animale all'uomo (zoonosi); si sono immediatamente identificati i suoi metodi di trasmissione: tramite *dropless* o *aerosol*; sono state colte le maggiori complicanze in termini di salute individuale ecc.

Queste (poche e piccole) certezze in molti casi sarebbero sufficienti ai fini del giudizio causale penale in questa materia, poiché, come detto, lo schema causale del contagio di Covid-19 è tutt'altro che astrusa. Anzi, è lineare quanto lo è il modello microbiotico, di tipo condizionalistico: si è già ricordato che, se non c'è esposizione al virus, se il virus non entra nell'organismo ospite, questo non si ammala. Il resto, e cioè le condizioni cliniche del corpo, l'eventuale co-morbilità, eventuali fattori predisponenti oppure ostativi ecc. sono concause.

La spiegazione della malattia si conferma dunque, sul piano teorico, più lineare Covid-19 che nella spiegazione di altre malattie socialmente rilevanti e rispetto alle quali, di conseguenza, è in linea di principio più difficile, quando non impossibile, accertare la rilevanza (con-)causale della condotta umana.

5. Come ampiamente noto e già rilevato, le asperità si concentrano prevalentemente sul piano della prova.

Sappiamo che la causalità individuale sarà facilmente rilevabile (senza l'ausilio di esperti) quando le persone contagiate abbiano praticamente vissuto nell' avuto in cui lavoravano o vi risiedessero senza avere rapporto con estranei, il che potrebbe accadere in alcune strutture chiuse, le quali avessero ridotto il contatto con fonti esterne di rischio Covid-19, quali RSA, istituti penitenziari e, ora, reparti Covid ecc. Ma, al di fuori di questi pochi casi (in cui la causalità individuale va comunque accertata con rigore), saranno ipotizzabili molti fattori di contagio alternativi, come quando la persona che si è ammalata in un contesto lavorativo abbia bambini in età scolare e frequentanti; quando per andare a lavoro dovesse usare mezzi pubblici; se svolgesse attività anche ordinarie, come la spesa e qualche acquisto, che implicavano contatti con il pubblico ecc.

Difficoltà potrebbero per ipotesi porsi, addirittura in relazione ai contagi verificatisi nella fase molto iniziale, quella in cui si era ritenuto possibile il c.d. "tracciamento" del virus e quindi l'individuazione di *cluster* infettivi (focolai epidemici), posto che, seppur sporadicamente, di tanto in tanto, nuovi "pazienti o" costringono a retrodatare l'inizio del contagio.

Insomma, il carattere ubiquitario del virus, il suo carattere silente (si allude ovviamente alla presenza consistente di asintomatici o paucisintomatici), l'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione: sono tutti elementi che renderanno solitamente impossibile escludere l'intervento di fattori causali "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 CPP) ed impediranno di argomentare l'esistenza del nesso causale tra antecedente e susseguente secondo ragionevole certezza.

6. Di fronte a questi ostacoli, univocamente denunciati in dottrina ed invero di intuitiva evidenza⁶, probabilmente non è percorribile neppure la strada alternativa del ricorso alle indagini epidemiologiche.

Ovviamente non si allude ai dati "nudi" dell'epidemiologia. E' noto infatti che l'epidemiologia serve istituzionalmente un padrone diverso dal diritto penale, essendo posta al servizio della Sanità Pubblica e tesa all'obiettivo immediato di sviluppare sistemi di prevenzione.

Identificando la correlazione statistica tra fattori di rischio e malattie, può invero formulare ipotesi causali, che vanno però convalidate attraverso i metodi scientifici, osservazionali o sperimentali, e che soltanto allora potranno incardinare il primo momento dell'accertamento causale. Sugerirà cioè informazioni utili alla mera c.d. causalità generale e cioè alla possibilità che, in presenza di antecedenti di un dato tipo, si verifichino susseguenti di un dato tipo (eventi generici o *event-type*).

⁶ Tra i tanti, V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *AP*, 2020, 1, 2 s.

Va infatti ribadito che l'epidemiologia fornisce informazioni di carattere frequentista, del tutto inutilizzabili nell'accertamento del nesso causale. Si occupa di *previsione* di tipi di evento, non di *spiegazione* di singoli eventi. E per questa ragione non può concorrere alla spiegazione penalistica della causalità.

Alcuni autori⁷, però, in relazione a tutt'altra problematica di interesse (anche) penalistico, vale a dire ai disastri tossici e nella specie all'esposizione ad amianto, hanno argomentato che, quando il numero degli esposti è molto significativo, elementi utili al giudice penale potrebbero venire da indagini epidemiologiche *ad hoc*, eseguita a partire dalla *specifica classe degli esposti* al cui interno si siano verificati gli eventi oggetto del procedimento.

In particolare, una siffatta indagine, se metodologicamente inoppugnabile, potrebbe fornire indicazioni numeriche sul "rischio relativo" e sul "rischio attribuibile".

Il primo ("rischio relativo") è il risultato del rapporto tra incidenza della patologia nella popolazione degli "esposti" e incidenza nella popolazione dei "non esposti". Per esempio, ove tra i non esposti si siano verificati 20 casi su 200 persone, ossia 10 su 100, e tra gli esposti si contino 40 casi su 100, il Rischio Relativo sarebbe 4. Ciò significa che nella classe degli esposti vi è una incidenza della patologia 4 volte superiore a quella nella classe dei non esposti, il che è ritenuto, dagli autori succitati, sufficiente ad incardinare il giudizio sulla causalità generale.

Il secondo ("rischio attribuibile"), presuppone che si riducano ad omogeneità le due coorti (le quali devono essere composte dallo stesso numero di persone) e coincide con la differenza tra il numero di patologie registrate nel gruppo degli "esposti" (40, nell'esempio precedente) e il numero di patologie registrate tra i "non esposti" (10, sempre nell'esempio precedente). La sottrazione sarebbe presto fatta: 40 tumori totali - 10 tumori che avrebbero colpito comunque la popolazione anche in assenza del fattore di rischio = 30 tumori riconducibili all'esposizione. Dicendoci il rischio attribuibile quanti episodi di malattia sorti all'interno di quella determinata popolazione potrebbero essere causalmente associati all'esposizione, esso fornirebbe elementi a supporto della causalità particolare.

L'impostazione riferita sembra in grado di definire con ragionevole approssimazione la quota di eventi, e quindi il numero di eventi causalmente riconducibili al fattore di rischio.

Non consente invece di identificare nominativamente le vittime, il che preclude la possibilità di risarcirle e in ciò - incidentalmente - è probabile consista la ragione del suo mancato successo giurisprudenziale.

⁷ L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano 2007, 105 e ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 262 ss.

Peraltro il risarcimento dei danni è un "effetto collaterale" dell'accertamento della responsabilità penale e non dovrebbe quindi condizionare la costruzione delle categorie teoriche né l'adesione ad impostazioni dotate di coerenza logica.

Il problema in materia di infezione da SARS-CoV-2 è dunque un altro.

Il dubbio sulla possibilità di "importare" in questa materia un'impostazione nata, come ricordato, per accertare il nesso causale in relazione alle malattie da esposizione a sostanze tossiche, risiede nell'incertezza del dato numerico relativo alla classe dei "non esposti" allo specifico rischio Covid-19, incertezza suscettibile di inficiare le condizioni di validità dell'indagine.

Soprattutto nella prima fase, infatti, le operazioni di rilevazione del virus mediante il tampone erano compiute "a campione" o a partire dalla manifestazione di casi di malattia conclamata. Se dunque la popolazione degli esposti veniva assoggettata a tampone "a tappeto" dopo la manifestazione di un caso e la rilevazione rendeva quindi un numero certo di positivi (facciamo i soliti 40 su una popolazione di 100), incerto rimarrebbe invece il dato numerico della classe dei non esposti nello stesso arco temporale, quando oltretutto la presenza di positivi era con ogni probabilità fortemente sottostimata, a causa, ancora una volta, del carattere ubiquitario e spesso silente (nel caso degli asintomatici/paucisintomatici) del virus⁸.

Approfondendo questo tema, una giovane dottrina ha quindi concluso: «l'impossibilità di svolgere indagini epidemiologiche capaci di tenere in considerazione anche la presenza degli asintomatici e paucisintomatici nella popolazione dei "non esposti" comportava che la rilevazione del rischio sopportato da questa coorte potesse essere anche di molto superiore rispetto a quella degli "esposti", con la conseguenza di falsare in "eccesso" l'individuazione del "rischio relativo" e di quello "attribuibile" e di ritenere accertata la causalità generale e particolare anche senza raggiungere la soglia dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio"»⁹.

Né le cose sono di molto mutate nelle fasi successive alla prima. Vero è che oggi sono fatti ben più tamponi che in passato, in alcuni contesti pure con cadenza periodica ravvicinata. Non è chiaro tuttavia se tale implementazione consenta di affermare che le due classi (quella degli esposti e quella dei non esposti) siano divenute sufficientemente omogenee e quindi confrontabili, come accade invece in relazione alle malattie meno silenziose (si pensi ancora ai tumori) in rapporto alle quali l'impostazione in oggetto è stata elaborata. Dubbi insistono cioè sulla condizione logica prioritaria perché si possa ricorrere a tale modello di ragionamento: la esattezza dei dati epidemiologici.

⁸ Avevamo abbozzato tali riflessioni in O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in www.sistemapenale.it, 22.6.2020.

⁹ G.M. Marzano, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *CP*, 2020, 3115.

In sintesi, le difficoltà incontrate nell'accertamento della causalità non sono ovviabili nemmeno abbandonando la strada tradizionale e per ricorrere all'aiuto dell'epidemiologia.

7. Nei pochi casi in cui risulti possibile accertare l'esistenza del nesso causale, ci si dovrà poi interrogare sull'elemento soggettivo.

Nelle situazioni in cui la condotta conforme a dovere fosse esigibile (torneremo ripetutamente sull'argomento), astrattamente non è possibile escludere che una giurisprudenza particolarmente rigorosa ravvisi, nel comportamento di chi attivamente causi il contagio o non lo impedisca, addirittura la sussistenza del dolo, come suggerito dalla (piccola ma consolidata) giurisprudenza in tema di omicidio e lesioni volontarie nella trasmissione per via sessuale dell'HIV. Ciò, vieppiù se si considera che il SARS-CoV-2 ha un tasso di trasmissione ben più alto di quello dell'HIV, tale cioè da consentire all'agente una rappresentazione dell'evento se non secondo certezza, quantomeno *secondo un minor incertezza*.

Se questo è vero, andrebbe tuttavia per altro verso considerato che, mentre la trasmissione dell'HIV mediante rapporti sessuali è *in certam personam*, quella del SARS-CoV-2 avviene solitamente *in incertam personam*. E questo dato, oltre ad ostacolare una ricostruzione in termini concreti dell'oggetto del dolo (spingendo verso un ormai anacronistico *dolus generalis*), potrebbe indiziare un atteggiamento soggettivo più simile alla *recklessness* anglosassone che al vero e proprio dolo, seppur in forma eventuale.

Perché possa dimostrarsi il dolo, è quindi indispensabile che il giudice assolva ad un onere argomentativo rinforzato nella ricostruzione del fatto, dalle cui note emerga in modo chiaro la volontà, nell'individuo, di "fare del male" a una persona in particolare. In assenza di tale prova, si può ragionare soltanto in chiave di colpa...

8. ... ed anche in tal caso la cautela dovrebbe essere comunque massima.

Se ce ne fosse lo spazio, le argomentazioni andrebbero congruamente modulate a seconda che il soggetto attivo sia "chiunque"¹⁰ oppure un soggetto qualificato e, in questo caso, a seconda che sia un operatore sanitario oppure un datore di lavoro, per stare alle due categorie più discusse (agli apici con responsabilità organizzative e gestionali si farà un cenno successivamente).

¹⁰ Sul diverso ma interferente aspetto della violazione dell'obbligo di quarantena, a commento della disciplina vigente, S. Fiore, «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in www.sistemapenale.it, 3.11.2020.

Quindi, bisognerebbe adeguatamente distinguere tra un "prima" (convenzionalmente riferibile al periodo che intercorreva tra l'inizio dell'emergenza e l'inizio dell'estate 2020) e un "dopo".

Qui ci limiteremo ad osservare, quanto alla prima fase di circolazione del virus, che l'assoluta eccezionalità della situazione e l'elevata incertezza delle informazioni disponibili (la contagiosità, la diffusività del virus e la permanenza dell'infezione erano sottostimate), l'impreparazione strutturale in cui si versava (mancavano ventilatori, posti letto, dispositivi di protezione ecc.), l'indisponibilità di modelli di riferimento proceduralizzati nella gestione dell'emergenza; l'assoluta urgenza dei singoli interventi (tale da non consentire adeguata ponderazione) ecc.: sono tutti elementi fattuali di contesto che reagiscono sull'applicazione delle categorie gius-penalistiche e di cui occorre dunque tenere conto.

Se cautele doverose sono state omesse e se si sono verificati inciampi amministrativi, in una situazione affatto nuova e *in fieri*, ciò dovrà essere valutato tenendo ben presenti i rischi di distorsioni conoscitive, e in particolare l'*hindsight bias* o "*bias del senno del poi*" che, alla luce dei dati resisi successivamente disponibili (i quali attivano le ormai note euristiche della disponibilità e della rappresentatività), ci fa apparire scontato ciò che al momento del fatto non lo era affatto.

Andrà dunque usata ogni cautela nella ricostruzione non solo (e forse non tanto) del fatto ascritto all'indagato/imputato (questo potrà essere anche agevole da accertare), ma anche (e soprattutto) delle circostanze contorno, in cui egli si è trovato ad operare.

In relazione all'infezione da SARS-CoV-2, potrebbero infatti aver trovato frequente concretizzazione quelle situazioni di eccezionalità che consentirebbero al concetto di "esigibilità", spesso definito la "Cenerentola" del diritto penale, di ricevere finalmente il suo invito al ballo (invero alquanto lugubre) del diritto penale, quale che sia la collocazione che l'interprete le voglia assegnare (tipicità, antiggiuridicità o colpevolezza).

Come noto, tale luogo teorico avrebbe riflessi sulla formula assolutoria (più o meno piena), ma resta il fatto che l'affermazione di una responsabilità penale in contrasto con il principio *ad impossibilia nemo tenetur* calpesterebbe le garanzie costituzionali in tema di personalità della responsabilità penale e, ancor prima, la tassatività/determinatezza del precetto penale.

Diverso potrebbe essere il giudizio in rapporto al "dopo", e cioè al momento in cui possano dirsi consolidati progressi sul piano conoscitivo e della disponibilità delle risorse, perché qui parrebbe ovviamente più agevole ipotizzare un rimprovero per non

aver bene organizzato ed usato tali conoscenze e tali mezzi¹¹. Come vedremo, tuttavia, ciò non significa ancora che la strada per l'affermazione di responsabilità penali sia in discesa.

A tal fine, è appena il caso di distinguere tra colpa specifica e colpa generica, secondo l'insegnamento tradizionale (sebbene non più coeso).

9. Premesso che, affinché sussista colpa specifica (il cui accertamento precederebbe logicamente e cronologicamente l'accertamento della colpa generica), occorre sia stata violata una regola scritta, modale e dotata di uno spettro cautelare facilmente identificabile, pochi problemi si porranno invero in relazione al giudizio sulla concretizzazione del rischio (o causalità della colpa), la cui necessità è peraltro oramai presente pure a larga parte della giurisprudenza di legittimità.

Restando per un istante sulle caratteristiche che la regola scritta violata deve possedere affinché si possa incardinare il giudizio sulla concretizzazione del rischio, probabilmente non conta molto neppure il dubbio che la regola non riesca a prevenire l'evento in base a sicura predittività scientifica.

In parole semplici, incerta è la misura del distanziamento fisico in grado di evitare il contagio del vicino; non è sicuro che la mascherina chirurgica riesca a preservare il prossimo dal *droppless* di una tosse o di uno starnuto molto vigorosi; non sappiamo con certezza se una data terapia sia la più idonea a contenere le severe complicazioni del virus ecc.

Se tuttavia una regola scritta (sia essa una legge, un regolamento, un protocollo condiviso o una raccomandazione/linea guida dotata di autorevolezza scientifica) interviene in un senso o nell'altro a sciogliere i dubbi, disciplina la materia, fornisce indicazioni precise ed evita quindi di rimettere all'apprezzamento dell'individuo (e poi alla discrezionalità di un giudice) la scelta della cautela o dello *standard* di cautela da attuare, la possibile residuale incertezza/vaghezza scientifica non impedisce di esperire con esito positivo il giudizio sulla concretizzazione del rischio, quante volte l'evento che si è invero sia un evento del tipo di quelli che la regola violata mirava - fondatamente o meno - ad evitare.

Questo significa che l'incertezza/vaghezza scientifica non ha riverberi sul giudizio colposo?

No di certo. Essa potrebbe pesare sul secondo momento dell'accertamento della colpa, vale a dire sul giudizio relativo all'efficacia impeditiva della c.d. condotta

¹¹ Nell'ambito sanitario, v. l'appello di G. Losappio, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in www.giurisprudenzapenale.it, 3, 2020.

alternativa lecita che, nell'infezione da SARS-CoV-2, si rivelerà un passaggio delicato e forse l'ostacolo più difficile da superare.

Incidentalmente, anche per questa ragione andrebbe valutata con grandissima prudenza l'opportunità di sollevare rimproveri per omicidio e/o lesioni colposi nei confronti del datore di lavoro, per il mero fatto che sia stato inadempiente all'obbligo (senz'altro sussistente¹²) di aggiornare il Documento di valutazione rischi (DVR) al rischio specifico di contagio di Covid-19.

Sul punto (generico) dell'omessa adozione o della mancata implementazione del DVR, si confrontano invero due diversi orientamenti della Corte di Cassazione.

Alcune sentenze inclinano nell'affermare, per ciò solo, la sussistenza di responsabilità colposa per omicidio o lesioni del datore di lavoro¹³, e sembrerebbero svolgere a tal fine un ragionamento "retrospettivo" (invero un po' misterioso) di questo tipo: lo specifico evento sarebbe stato evitato osservando una certa cautela, ulteriore rispetto a quelle positivamente indicate e quindi individuata *ex post*, a morte o lesione verificatasi; il DVR non prevedeva siffatta specifica cautela; dunque, la colpa consiste nella violazione degli artt. 28 e 37 TU 81/2008 che imponevano di adottare, implementare e rendere effettivo il DVR. Tali sentenze fanno delle disposizioni citate un novello surrogato dell'art. 2087 c.c., in passato utilizzato come *passapartout* per mascherare comodamente in colpa (presunta) una responsabilità spesso neppure oggettiva, bensì addirittura di posizione.

Altre pronunce, in modo più condivisibile, esigono invece un giudizio ulteriore (rispetto alla concretizzazione del rischio) e positivo sull'evitabilità del danno ovvero - con terminologia più appropriata alla teoria della colpa specifica (ma il concetto è lo stesso) - sull'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita. Chiedono cioè al giudice di merito di valutare se, secondo una ragionevole probabilità, la cautela omessa e che il soggetto attivo avrebbe dovuto osservare sarebbe riuscita davvero ad evitare l'evento¹⁴.

Tale passaggio, lo ripetiamo, si prospetta impegnativo in tema di infezione da SARS-CoV-2, a causa dell'incertezza scientifica sulla capacità impeditiva di molte cautele. Una incertezza dovuta per parte a ragioni fisiologiche (non è logicamente

¹² Si rinvia alle considerazioni di V. Mongillo, Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2 2020, 28 ss.

¹³ V. Cass., 16 settembre 2020, n. 27242 (in *ww.sistemapenale.it*, 1.12.2020, con nota di M.T. Filindeu, *La violazione di obblighi anti-infortunistici tra illecito permanente e colpa specifica del datore di lavoro: un quadro di sintesi in una recente sentenza della Cassazione*) la quale ha confermato la condanna del datore di lavoro per l'infortunio-morte occorso a un lavoratore (peraltro socio della cooperativa, con qualifica di preposto) che si era assunto l'incarico di abbattere alcuni alberi, ma che morì schiacciato da un albero che, nel cadere, aveva seguito una direzione diversa dal previsto aver urtato una pianta affianco (la vittima non si era riuscita a mettere in salvo a causa della difficile percorribilità di terreno, collocato in un'area in pendenza ed in prossimità di un corso d'acqua).

¹⁴ Cass., 16 aprile 2019, n. 32507, in *CEDCass m.* 276797; Cass., 18 dicembre 2019, n. 5946, in *CEDCass m.* 278435.

possibile calcolare tutte le variabili che consentano di definire in senso ottimale la regola di comportamento) e per parte al fatto che tali cautele sono state sin dall'origine pensate e fissate, più che in chiave di tutela della salute individuale (aspetto che interessa al diritto penale), in chiave di tutela della salute pubblica, con la conseguenza che scontano "a monte" bilanciamenti con altri interessi forse meno rilevanti della salute individuale nella gerarchia costituzionale ma comunque meritevoli di considerazione, soprattutto nella prospettiva di una loro perdurante compressione nel medio-lungo, vuoi anche molto lungo, periodo¹⁵.

10. Le considerazioni da ultimo accennate rinviano direttamente all'accertamento della colpa generica che, secondo l'orientamento affatto dominante (che condividiamo), può comunque residuare nel caso di insussistenza della colpa specifica.

La prevedibilità nei casi di infezione da SARS-CoV-2 sarà agevolmente configurabile, alla luce di quel che tutti sappiamo (anche in virtù del costante martellamento mediatico) sull'alto grado di trasmissibilità del *virus*. La prevedibilità cioè sussisterà quasi sempre, quale che ne sia l'accezione prescelta: naturalistica, come possibilità materiale di prevedere eventi anche rari; para-psicologica, come riconoscibilità del rischio sulla base di *alert* informativi¹⁶; normativa, come dovere di prevedere eventi probabili in base a regolarità statistica (*l'id quod plerumque accidit*).

Ancora una volta, ostacoli all'affermazione della responsabilità colposa si potrebbero porre piuttosto sul diverso piano della prevenibilità dove, come avvisato, inciderà l'incertezza scientifica riguardo all'efficacia impeditiva delle cautele e dove, pure, sarà necessario mantenere il giudizio sui binari della rigorosa valutazione *ex ante*, essendo oramai acclarato che *l'hindsight bias*, o *bias* del senno del poi, rappresenta la principale insidia nell'accertamento giudiziario della colpa.

Sia consentito chiosare che prevedibilità ed evitabilità, se correttamente applicate, riuscirebbero (qui come altrove) a perimetrare nei limiti della conformità costituzionale l'ambito della responsabilità colposa penale. Ma tali giudizi dovrebbero

¹⁵ Un profilo intersecante ma diverso è quello della limitazione di libertà fondamentali nell'emergenza Covid-19. Sul punto in poco tempo si è sedimentata una letteratura abbastanza ampia al cui interno, senza pretesa di completezza, segnaliamo i contributi di G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it, 2.4.2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 10.4.2020; G.A. De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in www.legislazionepenale.it, 23.4.2020; D. Pulitanò, *Lezioni sull'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 28.4.2020; D. Castronuovo, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in www.legislazionepenale.it, 10.5.2020; R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it, 10 2020, e, da ultimo, L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2021.

¹⁶ V. ora F. Giunta, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in www.DisCrimen.it, 2.1.2021, 1 ss.

essere svolti per quel che sono: giudizi prognostici, *ex ante*, da formulare alla luce delle conoscenze disponibili al momento della condotta del reo¹⁷. E non andrebbe mai oscurata la banale premessa che le cautele doverose la cui violazione fonda il giudizio colposo servono a minimizzare il rischio e che non possono azzerarlo, poiché l'unico modo di raggiungere questo impegnativo obiettivo, sarebbe vietare *tout court* l'attività.

Insomma, se l'evento non era (prevedibile e) prevenibile a causa dell'incertezza scientifica in ordine alla cautela da utilizzare, per la particolare complessità della situazione di fatto o per qualunque altra causa (non colposamente determinata dall'autore), non potrà sussistere alcuna colpa (né) in tema di infezione di Covid-19 (né in altro ambito).

11. Stante la peculiarità dell'attuale situazione emergenziale, e sempre a condizione che siano correttamente usati, i concetti penalistici di prevedibilità e (qui soprattutto) di evitabilità, potrebbero e dovrebbero indirizzare sin dall'esordio la scelta se iniziare o meno il procedimento penale.

Incidentalmente, si scongiurerebbe in questo modo la terza riforma legislativa (a ciclo quadriennale), prospettata a livello politico e avallata dalla dottrina dominante, che, nell'intento di contrastare *biases* e mode giurisprudenziali del momento, voglia limitare alla sola colpa grave la responsabilità in ambito penale sanitario¹⁸.

Tale riforma rischia di rivelarsi inutile su un piano teorico perché, come appena ricordato, già oggi, quando la soluzione del problema si prospetta di particolare complessità per le ragioni più varie (vuoi in considerazione della incertezza scientifica sull'ottimalità della cura; vuoi per le particolari difficoltà pratico-organizzative; vuoi ancora per l'indisponibilità di mezzi ecc.), l'evento lesivo non dovrebbe essere ritenuto

¹⁷ Il giudizio sull'evitabilità aiuta anche a contrastare la nostra naturale inclinazione a giudicare la prevedibilità di un evento con il senno del poi. Lo dimostrò un famoso studio di psicologia cognitiva, condotto nel lontano 1977 (P. Slovic- B. Fishhoff, *On the Psychology of experimental surprises*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, 544 ss.). Ai partecipanti fu chiesto di valutare i risultati di alcuni esperimenti scientifici e costoro, quando sapevano che un esperimento aveva dato un certo esito S, tendevano a sovrastimare la probabilità della verifica di S, assegnando ad esso probabilità maggiore di quella che stimavano quando erano all'oscuro del risultato. Venne tuttavia dimostrato che l'*hindsight bias* si riduceva sensibilmente, e con esso la probabilità assegnata alla verifica del risultato S, quando si chiedeva agli stessi partecipanti di esplicitare le ragioni per cui si sarebbero potuti verificare esiti diversi da S, e cioè esiti che non si erano concretamente verificati.

¹⁸ Con riferimento all'attuale emergenza, di recente, quantomeno M.P. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.legislazionepenale.it, 22.6.2020, 1 ss.; G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in www.sistemapenale.it, 5/2020, 14 ss.; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in www.DisCrimen.it, 25.5.2020, 9; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in www.legislazionepenale.it, 19.5.2020, 1 ss.

prevedibile e/o evitabile. Si obietterà: "dovrebbe", ma ben sappiamo che così non è nella giurisprudenza.

La riforma sarebbe tuttavia inutile anche sul piano pratico perché l'art. 2236 CC esiste da ottanta anni per i giudici che vogliono ricorrervi¹⁹. Si sa d'altronde che la quantificazione del grado della colpa è impresa non agevole e ampiamente discrezionale, una volta escluse le ipotesi estreme e quasi fantasiose, sicché la circostanza che la disposizione codicistica non sia stata quasi mai applicata in materia penale dovrebbe stemperare il diffuso ottimismo riguardo agli effetti di una sua duplicazione.

La novella potrebbe poi rivelarsi dannosa, al pari di qualunque superfetazione normativa, suscettibile di dare la stura a fantasiose letture, e potrebbe quindi inoculare ulteriori dosi di indeterminatezza e di ineguaglianza in un ambito di responsabilità penale già stressato.

Ciò, altra vecchia storia, per non parlare delle disparità di trattamento che creerebbe la scelta di limitare la responsabilità penale alla colpa grave in relazione ad un settore di attività piuttosto che un altro.

Istruttiva appare, d'altra parte, la sventurata e ancora recente storia dell'art. 590-sexies CP. La fattispecie era nata nel 2017 per ammonire la giurisprudenza affinché giudicasse la colpa *ex ante*, avendo riguardo al sapere scientifico consolidato e disponibile al momento della realizzazione del fatto²⁰. Nell'intento di recepire alcune critiche sollevate nei confronti della precedente disciplina (c.d. decreto Balduzzi), l'art. 590-sexies CP²¹, si era peraltro imposto un ambito applicativo piuttosto angusto, disponendo che le linee guida la cui osservanza ne condizionava l'applicazione, fossero accreditate (in base ad una laboriosa procedura) dal Servizio Sanitario Nazionale. Ciò nondimeno, le SS.UU. della Corte di Cassazione ne hanno neutralizzato la portata. Così, prima, tra le varie possibili opzioni interpretative (causa di esclusione della tipicità, causa di non punibilità, mero monito interpretativo²²), hanno prescelto

¹⁹ La stessa Cassazione, in un passaggio, ritiene <<ormai sopito [il] dibattito sulla non diretta applicabilità del precetto al settore penale per la sua attinenza alla esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana>>. Cass. SS.UU. 21.12.2017, n. 8770, tra l'altro, in *RIML*, 2018, 327 ss., con commento di M.P. Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, 345 ss.

²⁰ ... piuttosto che alle valutazioni dell'esperto nominato dal pubblico ministero o dal giudice e chiamato inevitabilmente a giudicare *ex post facto*. Anche sul punto non mancano interessanti esperimenti di psicologia cognitiva che dimostrano come il *senno del poi* distorca significativamente la valutazione dell'appropriatezza di una decisione clinica addirittura presso medici specializzati nella stessa disciplina. Il celebre esperimento fu condotto su centododici anestesisti da R.A. Caplan - K.L. Posner - F.W. Cheney, *Effect of outcome on physicians judgments of appropriateness of care*, in *JTA, MA*, 1991, 265, 1957 ss.

²¹ Tra i molti commenti alla disposizione, v. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari"*, in www.legislazionepenale.it, 7.12.2017.

²² Questa ricostruzione si era affacciata in giurisprudenza (Cass., 20 aprile 2017, n. 735, Tarabori) ed era stata da noi propugnata sin dappprincipio in diverse sedi. O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, in *AP* 2014, 3

proprio quella incostituzionale (causa di non punibilità); poi, con il pretesto di attenuare i profili di illegittimità che esse stesse avevano originato, hanno sterilizzato la disposizione introducendovi *ex nihilo* (tra gli altri) il limite negativo della colpa grave, in presenza della quale l'immunità non scatta. In tal modo, al di là delle diverse affermazioni dell'organo di nomofilachia, si sono superati non soltanto i confini letterali del testo (esito cui eravamo invero abituati) ma forse anche i limiti concettuali dell'analogia *legis* (*in malam partem* e quindi vietata), vista la difficoltà di rinvenire una legge (vigente²³) con *eadem ratio* suscettibile di fungere da *tertium comparationis*²⁴. Soprattutto, si è assicurato alla futura giurisprudenza un *commodus discessus*, quante volte si ritenga la colpa, nel caso concreto (quale esso sia), anche appena, poco poco ... grave.

Se quanto osservato fosse vero, sarebbe inutile persistere nell'illusione che la legge possa conformare una giurisprudenza riottosa e contrastare le deviazioni dallo *standard* di garanzie penalistiche nell'ambito della responsabilità medica. Meglio allora concentrarsi su un piano pre-legislativo, culturale, e stimolare un'attenta riflessione sui limiti della conoscenza intuitiva che, *sub specie* di psicologia del senso comune, filtra nelle valutazioni giuridiche penali, inquina giudizi che dovrebbero essere invece tecnici ed asseconda (anziché contrastare, in nome di principi costituzionali evidentemente poco interiorizzati) la tendenza naturale dell'uomo (anche magistrato) a sovra-determinare i giudizi causali e l'ambito di responsabilità colposa.

Un tendenza oramai tanto radicata da far dimenticare che la prova della responsabilità civile è molto più semplice di quella penale, soprattutto ora che la legge Gelli-Bianco ha sancito in capo alle strutture una responsabilità contrattuale, con conseguente prescrizione in dieci anni del diritto al risarcimento e vantaggi per il danneggiato sotto il profilo dell'onere probatorio.

12. Restando nell'ambito sanitario, impossibile non accennare al tema della responsabilità degli apici delle strutture sanitarie per carente organizzazione e, soprattutto, dei vertici politici nella gestione della emergenza Covid-19.

ss.; Ead., *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in CP 2017, 386 ss.; Ead., *Mondi veri e mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, *ivi*, 2151 ss.

²³ Le SS.UU., per argomentare l'immanenza della graduazione della colpa nel sistema, resuscitano l'abrogato decreto Balduzzi (n. 189/2012) il cui art. 3 limitava, come noto, la sua portata all'ipotesi di colpa lieve.

²⁴ Cass. SS.UU. 21 dicembre 2017 cit., in merito alla quale vd. anche il nostro O. Di Giovine, *A proposito delle sezioni unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure"*, in RIML 3/2018, 837 ss., dove si trovano sviluppate le considerazioni qui appena abbozzate.

Quanto ai primi, non vale neanche la pena di ribadire che nessun rimprovero dovrebbe discendere dal fatto che le strutture, all'indomani dell'inizio della crisi, risultassero prive di risorse (materiali e personali) utili a fronteggiare adeguatamente la nuova situazione. Né vale la pena di insistere ancora sulle difficoltà in cui potrebbe imbattersi l'accertamento in concreto di una colpa per mancata o insufficiente organizzazione, nel vuoto di regole sedimentate e di provata efficacia. Si rinvia a tal fine a quanto già osservato a proposito della necessità di svolgere rigorosamente *ex ante* i giudizi sulla prevedibilità e sull'evitabilità degli eventi²⁵.

Qualche nota in più, seppur rapsodica, merita invece il tema, molto caldo, della responsabilità dei vertici politici, avendo le note inchieste giornalistiche e poi giudiziarie sul mancato aggiornamento del piano pandemico inoculato l'inquietante (e molto ragionevole) sospetto che l'evidente caos strutturale (soprattutto iniziale) sia dipeso da gravi comportamenti omissivi.

Ove tali notizie si rivelino fondate, troverebbe conferma l'impressione di gravissime responsabilità politiche e soprattutto morali.

Non è detto tuttavia che tali responsabilità si convertano per ciò solo in giuridico-penalistiche²⁶.

E' noto che gli epidemiologi prevedono (rientra tra i loro ambiti di ricerca) la possibilità e la ciclicità di epidemie. Astratte epidemie erano dunque ampiamente prevedibili e sicuramente invero previste. Così come era prevedibile che il mancato aggiornamento del piano pandemico avrebbe determinato perdite di vite umane dirette e indirette (causate cioè dal mancato funzionamento a pieno regime delle strutture sanitarie, in assoluta prevalenza impegnate a fronteggiare il Covid-19).

Dubbio è però che fosse prevedibile un'epidemia e poi una pandemia delle dimensioni e della portata *di quelle che si sono concretamente verificate*. Difficile cioè argomentare che fosse immaginabile *questa pandemia e questa perdita di vite umane*.

Per assicurarsene, basta tornare con la mente, per un istante, al dibattito che la scorsa estate ha impegnato anche esponenti della c.d. scienza, sui possibili mutamenti del virus.

Come ricordiamo tutti, fu addirittura ipotizzato che il virus avrebbe perso virulenza, in ragione di un'ipotesi - da molti ritenuta *pseudo-scientifica* - di

²⁵ Nell'insistere sulla necessità che il giudizio sulla colpa sia svolto *ex ante*, autorevole dottrina ha da subito ricordato che «la istituzionale discrezionalità delle [...] scelte [degli amministratori] 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». F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it, 26.4.2020.

²⁶ Scettico G.D. Dodaro, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in www.dirittopenaleeuomo.it, 30.9.2020, alla cui più ampia ricostruzione di rinvia.

"adattamento": affermando insomma che, se vuole sopravvivere, il virus non può continuare ad uccidere il corpo che lo ospita.

Al di là queste fantasiose teorie e portando il discorso su un piano epistemologicamente più solido, che sembra essere quello c.d. neo-darwiniano, resta un dato.

Che i virus mutino è scontato. Che anche questo coronavirus mutasse era dunque ampiamente prevedibile (e previsto). Ciò che non era e che non è possibile prevedere è *come*.

L'impossibilità deriva dal fatto che il comportamento di questo virus (al pari del comportamento di qualunque altro organismo vivente) risponde a due condizioni: l'evoluzione ispirata alla logica (non dell'adattamento bensì) del successo riproduttivo (e non a livello di singolo, bensì a livello di popolazione) e ... il caso, questo ovviamente per definizione imponderabile²⁷.

Di conseguenza, formulare previsioni su quello che sarebbe potuto essere l'andamento di una pandemia era - ai tempi delle omissioni lamentate - scientificamente impossibile già in linea di principio (qualche previsione può farsi ora, a campagna vaccinale iniziata ... forse).

Alludendo ad altra celebre vicenda giudiziaria, conclusasi con l'assoluzione in appello e in Cassazione, verrebbe da chiosare che *questa* pandemia era imprevedibile così come - *mutatis mutandis* - lo sono i terremoti²⁸.

Per di più, anche qui, andrebbe valutato se *questa* pandemia sarebbe stata evitabile, e in quale misura.

Davvero una diversa e più razionale ripartizione delle risorse economiche a livello di Regione o di singola struttura sanitaria ecc. avrebbero potuto evitare tutte le perdite che si sono *in concreto* verificate?

L'adozione di un efficace piano pandemico, immaginiamo pure ispirato a massima precauzione, avrebbe senz'altro ridotto il danno. Se il sistema fosse stato implementato, se i reparti di terapia intensiva fossero stati potenziati, se i dispositivi fossero stati acquistati in maggiori dosi, se le strutture Covid fossero state da subito compartimentate in modo razionale, moltissime morti o lesioni sarebbero state evitate. Non certo però tutte e nemmeno la gran parte.

Nemmeno sappiamo poi *quali*.

Anche immaginando uno scenario alternativo in cui i vertici politici ed amministrativi avessero agito in modo responsabile, il dubbio è che l'entità e la forza dell'evento naturale concretamente inveratosi avrebbero comunque superato ogni

²⁷ G. Corbellini, *La pandemia è neo-darwiniana e i virus mancano di buon senso*, in www.scienzainrete.it, 10.6.2020.

²⁸ Alludiamo ovviamente alla vicenda del terremoto de L'Aquila, decisa in via definitiva da Cass., 20 novembre 2015 e attingibile tra l'altro da www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18.4.2016.

previsione, anche molto pessimistica, legata al *risk assessment* di un astratto piano pandemico.

In conclusione, a fronte di un'ampia quota di eventi negativi comunque non evitabile, resterebbe la difficoltà, per il giudice, di stabilire *quanti* omicidi e *quante* lesioni fossero prevedibili ed evitabili e poi di individuare *quali*: a dimostrazione del fatto che il problema della fisionomia dell'evento (singolo) nell'omicidio e nelle lesioni personali non è facilmente eludibile attraverso una sua (ri-)descrizione astratta.

13. Infine, un cenno, che vuole essere piuttosto una provocazione, ad una tematica soltanto affine a quella del contagio, ma tristemente rilevante nella pratica medica²⁹.

Quid iuris ove il giudice si trovi a decidere della scelta tragica operata da un anestesista il quale, avendo molti pazienti in ipossiemia severa e pochi ventilatori meccanici, sia stato costretto a sacrificare la vita di alcuni a beneficio della sopravvivenza di altri?

Questo medico rianimatore incarna il "cugino sfortunato" (in carne e ossa) del "chirurgo pazzo" (scolastico) che circola da tempo nei testi di diritto penale, tra i paragrafi sul "soccorso di necessità", nonché in molte trattazioni di filosofia morale volte ad illustrare la contrapposizione tra due etiche: quella consequenzialista-utilitarista e quella kantiana del divieto di usare l'uomo solo come mezzo.

Tali due diverse visioni si sono probabilmente confrontate anche nella mente del medico rianimatore chiamato a decidere a chi destinare il ventilatore meccanico.

Verso la prima etica sembra volesse orientarlo la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) quando, il 6 marzo del 2020, licenziò le "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"³⁰.

²⁹ Il profilo è tratteggiato in G.M. Caletti, *Emergenza pandemica* cit., 7 ss. e in L. Risicato, *La metamorfosi* cit., 6 s.

³⁰ Al momento in cui si scrive circola una bozza di documento redatta da un gruppo di lavoro misto, al cui interno compare anche il Presidente SIAARTI, dal titolo "*Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia da Covid-19*", dal contenuto decisamente peggiorativo. Forse a causa del vespaio di critiche sollevato dalle Raccomandazioni indicate nel testo, il richiamo all'età risulta "travisato" all'interno di altri criteri (sulla comorbilità) e passa ora addirittura per l'indicazione di precise "fasce di età" numeriche (nel documento si afferma peraltro contraddittoriamente che l'età rileva nella <<valutazione globale della persona del malato>>. Cosa ancor più grave, sembra attribuirsi rilievo a Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT) vuoi anche espresse in relazione a patologie diverse ed irreversibili (laddove sappiamo che l'ipossiemia severa Covid-19 è potenzialmente reversibile). Infine, è proposto il fac-simile di una scheda da riempire a cura del sanitario il cui eccesso di formalizzazione (prevede il conteggio numerico di punti) contrasta con il carattere sincretico della valutazione clinica e che, per il caso non venga compilata o venga compilata in modo erroneo, darebbe con ogni probabilità adito a procedimenti penali, promuovendo un atteggiamento difensivistico ("rianimazione difensiva"?) anche in questo delicato ambito.

Seppur allo scopo di evitare che il criterio di accesso alle cure intensive divenisse il “*first come, first served*”, il documento suggeriva infatti agli anestesisti di privilegiare la “maggior speranza di vita” del paziente basando la scelta su una valutazione quanto più possibile attenta dell’età come espressione della riserva funzionale che il paziente è in grado di mettere in gioco per affrontare non solo la sfida della malattia, ma anche l’impatto delle cure intensive (età anagrafica in assenza di comorbilità, età biologica in caso di soggetto sano)³¹.

Il documento ha suscitato lo sgomento di tutti (ci ha messo brutalmente di fronte a quello che accade nel chiuso dei reparti delle terapie intensive e a cui non ci piace pensare) e la reazione di alcuni.

A stretto giro, l'8 aprile 2020, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) ha licenziato un documento dal titolo *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, in apparenza di tenore più kantiano. Ha infatti obiettato che la scelta della classe medica nel *triage* in emergenza pandemica, in una situazione di risorse limitate, può ispirarsi soltanto a due parametri: l'appropriatezza clinica e l'attualità, negando così la possibilità di strumentalizzare qualunque vita umana.

Difficile per il giurista non condividere di primo acchito la posizione del CNB e naturale biasimare il medico che abbia destinato il ventilatore a una persona perché giovane, condannando a morte l'anziano.

Purtroppo però le aspirazioni umanistiche e kantiane non sono sempre facili da realizzare. Dando l'attualità per presupposto implicito e scontato in questo genere di valutazione, da una lettura anche superficiale del documento del CNB emerge che il criterio dell'appropriatezza clinica è meno equidistante di quanto appaia a prima vista. Per esplicito riconoscimento dello stesso CNB, infatti, la valutazione della situazione clinica del paziente implica un'inevitabile contestualizzazione e chiama quindi in gioco fattori quali le condizioni di salute generale e l'età dello stesso: elementi che insomma, cacciati dalla porta, rientrano nella valutazione attraverso una comoda finestra³².

³¹ Le raccomandazioni in oggetto evitavano peraltro di esplicitare una soglia numerica, così da attribuire rilievo sia alla considerazione della variabilità sia biologica individuale sia del c.d. *setting* di cura.

³² Riportiamo il passaggio per esteso. «Ogni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione. Ferma restando la priorità del trattamento secondo il grado di urgenza, altri fattori sono ordinariamente oggetto di valutazione: gravità del quadro clinico in atto, comorbilità, quadro di terminalità a breve, ecc. *L'età, a sua volta, è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale.* La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente» (il corsivo è nostro).

Avvertivamo che questa sarebbe stata soltanto una provocazione. Tenevamo infatti ad soltanto evidenziare lo scollamento tra il piano dei principi, anche costituzionali (il richiamo è ovviamente all'art. 32 Cost.), auspicabilmente declinabili secondo una solidarietà senza confini, e le difficoltà di darvi in concreto attuazione.

Resta però il fatto che del carattere tragico della scelta e della complessità morale delle situazioni che i medici si sono trovati a fronteggiare, oltretutto in tempi spesso concitati, va ovviamente tenuto conto negli eventuali giudizi penali (questi più comodamente svolti, dal punto di vista cronologico), a carico dei sanitari. E ciò, quale che sia il luogo teorico che l'interprete preferisca eleggere all'uopo: l'art. 54 CP (sia nell'accezione scriminante sia in quella scusante), la colpa (in virtù della inevitabilità di una scelta che comunque avrebbe sacrificato alcune vite a beneficio di altre) oppure, infine, una generica colpevolezza normativa, *sub specie* di non rimproverabilità di chi abbia violato cautele doverose in una situazione di (comprovata) inesigibilità della condotta conforme al diritto.

14. In conclusione, la struttura delle fattispecie di lesioni ed omicidio, incentrata su singoli eventi, non consente un agevole riconoscimento delle responsabilità penali.

Nihil novi, si dirà. Da tempo andiamo ripetendo che il diritto penale è oramai troppo arcaico e che per questo non riesce a rincorrere e a inquadrare nelle sue rozze categorie antropomorfe la complessità e i problemi di sistema. Ma quello che non si poteva immaginare è che avrebbe avuto la peggio anche nel confronto con un organismo tutt'altro che complesso come un ... virus.