

ORIENTAMENTI

MARIA FEDERICA CARRIERO

L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19

La pandemia di Covid-19 costituisce certamente una crisi globale senza precedenti, che ha condotto a conseguenze socioeconomiche molto rilevanti. Molti Paesi hanno attuato diverse politiche e misure per il contenimento della trasmissione della malattia del coronavirus. Questo contributo esamina gli effetti di tali interventi, e in particolare l'adeguatezza funzionale del reato di "epidemia" al cospetto del Covid, avendo soprattutto riguardo al profilo dell'accertamento causale.

The functional unsuitability of the epidemic offence in the face of Covid-19

The COVID-19 pandemic certainly constitutes an unprecedented global crisis with very severe socio-economic consequences. Many Countries have implemented several policies and measures for transmission containment of the coronavirus disease. This paper examines the effects of these interventions, and in particular the functional adequacy of the epidemic offence in the face of Covid-19, especially with regard to the profile of the causal assessment.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il codice binario quale metafora per razionalizzare la "crisi della presenza". 2. Verso una "nuova" modernità giuridica: vecchi e nuovi equilibri tra clausole aperte e norme (non solo penali) in bianco. 3. L'irresistibile ricorso allo strumento (di contenimento) penale. 4. Le sinergiche aporie del delitto di epidemia: a) la definizione dell'offesa in rapporto all'interesse categoriale protetto. 5. (segue). b) il peculiare (mancato) accertamento del nesso di causalità. 6. Conclusioni in prospettiva *de iure condendo*.

1. *Premessa. Il codice binario quale metafora per razionalizzare la "crisi della presenza"*¹. Con l'espressione "società del rischio", in sociologia, si intende generalmente definire la società contemporanea postmoderna, caratterizzata dalla necessità di governare l'insicurezza e l'incertezza, frutto, a loro volta, della modernizzazione e dalla globalizzazione.

Più nel dettaglio, uno dei fautori di tale espressione (il tedesco Ulrich Beck) sostiene che non solo il pericolo, ma anche e soprattutto la paura, sono contagiosi, essendo in quanto tali capaci di coinvolgere in maniera totalizzante, dispotica, e distruttiva gran parte degli individui percipienti, a prescindere dalla classe sociale di provenienza, dal grado di istruzione, dal lavoro svolto ecc.². In questo senso, il *discrimen* tra "rischio reale" e "rischio percepito" si ravvisa nell'incapacità del *quivis de populo* di stabilire dati obiettivi e razionali su cui fare affidamento per modulare, in maniera sensata, i propri comportamenti.

¹ Espressione ripresa da DE MARTINO, *La fine del mondo: contributo all'analisi delle apocalissi culturali*, Torino, 2002.

² BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000. Sul tema, v. inoltre, PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; FUNTOWICZ, *Modelli di Scienza e policy in Europa*, in *Ambito e Fonti del Biodiritto*, a cura di Rodotà, Tallacchini, Milano, 2010, 533 ss.

Si costruisce, in questa maniera, una sorta di realtà parallela in cui regnano sovrani l'emotività e la irrazionalità. Sicché, l'autentico nemico da sconfiggere non è più tanto (nel nostro caso) il (Corona)virus, bensì la paura (dell'ignoto); e non solo la paura "reale" e "razionale", ma anche quella fomentata e diffusa attraverso i canali social-media che, in casi estremi, sono in grado di creare vere e proprie psicosi, non solo "collettive", ma anche "condivise".

Si ingenera, in questo modo, un circolo vizioso: la noia porta allo scontro tra chi non riesce a stare a casa ed esce; e chi invece, per paura della diffusione del virus, rimane a casa (se può) o, al più, esce il meno possibile. La paura della diffusione del virus si trasforma, a sua volta, in una paura del contagio; la paura del contagio genera, poi, la paura (odio?) verso il prossimo-untore³; la paura verso il prossimo-untore conduce, infine, ad un generalizzato allarmismo, data la costante situazione di precarietà che siamo attualmente costretti a vivere.

Il tutto, nondimeno, si traduce in una (non insolita) diffidenza verso le presenze statutarie che non sono in grado di dare messaggi e/o indicazioni chiari e rassicuranti circa il "da farsi".

1.2. In tale quadro è importante, però, non confondere l'oscurantismo della caccia all'untore manzoniana con l'algebra moderna dei contagi⁴.

Si può cercare di spiegare il tutto utilizzando una metafora, probabilmente a noi più vicina, vale a dire il rapporto che sussiste tra il codice binario e il codice decimale. Si badi bene però, che si tratta di un mero esperimento mentale, senza pretese esplicative reali, ma meramente chiarificatrici.

Più in particolare, si potrebbe supporre, che se restiamo a casa siamo "spenti" (0), se invece usciamo siamo "accesi" (1). In tale quadro, possiamo ipotizzare la presenza di quattro persone, di cui due sono spente (0) e due sono accese (1). Tali soggetti, nel codice binario, possono formare le combinazioni 1001, 1010, 1100 (complessi di persone) a cui rispettivamente corrispondono, nel codice decimale, i numeri 9, 10 e 12 (plausibile numero di contagi ulteriori).

Ebbene, già ad una prima analisi si può comprendere che, nonostante i singoli componenti dei numeri binari (numero di persone) siano i medesimi, nondimeno, ad essi corrispondono dei diversi numeri in campo decimale (plausibile numero di contagi ulteriori), in virtù della posizione assunta, nel concre-

³ A proposito di "untore", v. *Lo sfogo di Piero Angela "Vi spiego che cosa è chi non usa mascherine"*, in www.ilgiornale.it.

⁴ Sul punto si v. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, spec. par. 1 e 2 il quale, peraltro, a proposito della matematica dei contagi cita: GIORDANO, *Coronavirus, la matematica del contagio che ci aiuta a ragionare in mezzo al caos*, in www.corriere.it.

to, dai singoli componenti numerici nel codice binario.

In un'ottica parallela si potrebbe utilizzare questo esempio al fine di spiegare la correlazione che sussiste tra il "modo di trasmissione" del virus e il "rischio di contrarlo".

Più nel dettaglio, nel modo di trasmissione del virus non si deve considerare unicamente il numero di persone "accese" o "spente" (il cui *discrimen* si ravvisa, nel caso considerato, nell'esser rimasti o meno a casa), in quanto, al fine di determinare il rischio di contrarre il virus, si devono considerare ulteriori fattori di contenimento o, viceversa, di propagazione del virus (cd. fattori di confondimento). In questo senso, si possono considerare, ad esempio, l'utilizzo o meno di DPI (quali mascherine chirurgiche, FFP2, igienizzanti mani, ecc.); o ancora, la preventiva presenza del virus in un determinato luogo che non era stato adeguatamente igienizzato; il trovarsi fisicamente in zone maggiormente colpite dal virus (si pensi, ad esempio, alla Lombardia); la presenza di un sistema di riscaldamento o raffreddamento a ricircolo d'aria, ecc. Ecco perché, nel nostro caso, alle combinazioni 1001, 1010, 1100 possono corrispondere alternativamente un numero di contagiati pari a 9, 10 o 12. La spiegazione di un fenomeno di tal tipo c'è e può ravvisarsi negli ulteriori canali di trasmissione del virus, diversi dalla mera compresenza fisica e contestuale di più persone in un medesimo luogo, tra cui, ad esempio, l'utilizzo di tecniche di prevenzione⁵.

D'altronde, quanto affermato non significa che ad (1) corrisponde logicamente il contagio, o che a (0) corrisponde necessariamente il mancato contagio. Un soggetto (1) può, infatti, essere stato, durante tutto il periodo di (primo) *lockdown*, interamente fuori casa e, ciò nonostante, non aver contratto il virus; viceversa, è possibile che il soggetto (0) abbia rispettato pedissequamente il *dictum* del governo di non uscire di casa, e ciò malgrado abbia contratto il Covid per un accidentale contatto con il corriere che non si era adeguatamente igienizzato le mani prima di lasciare il pacco ordinato su Amazon.

Peraltro, l'elemento differenziale tra (1) e (0) (il rimanere a casa) poteva avere, più o meno, senso durante il (primo) *lockdown* in cui i canali di trasmissione del virus erano stati notevolmente ridotti. Si tratta, tuttavia, di un connotato non più attuale: non si può, infatti, più fare oggi una cernita, tra il soggetto (1) e il soggetto (0), considerando quale parametro di riferimento "l'essere rima-

⁵ Sul punto, v. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. Pen.*, 2020, 229 ss., spec. 233 in cui cita ZHOU, *Coronavirus domande e risposte. Guida per la prevenzione*, Padova, 2020, 46 (il cui ebook è liberamente scaricabile dal presente sito: ebook.piccin.it/6926).

sti o meno a casa”. Al più, si potrebbero considerare ulteriori variabili che tengano conto delle persone e/o dei luoghi frequentati, nonché della frequenza con cui ci si lava le mani, del tempo trascorso fuori casa, ecc.; e ciò comunque non basterebbe per chiarire, in maniera definitiva, la “tecnica di trasmissione” del Covid.

1.3. Tale premessa ci fa, in ogni caso, comprendere che siamo di fronte non solo ad una “crisi della modernità”, ma ad una vera e propria globalizzata e trasversale “crisi della presenza”⁶, in cui ci sentiamo sempre più minacciati dalla fisicità altrui.

Siamo terrorizzati, da un lato, dall’idea di “formare”, insieme ad altri soggetti, un complesso numerico (1001, 1010, 1100, ecc.) capace di innescare nel prossimo una reazione positiva; e (più frequentemente) dalla potenziale reazione positiva che i terzi (tutti potenziali untori) possono indurre nel nostro organismo.

Ma si tratta di numeri, tutto qui.

Nello specifico, si tratta di “algebra del contagio” e di effettuare un (quanto più possibile) razionale calcolo delle probabilità in relazione a dati e a frequenze statistiche che, tuttavia, non sono costanti e soprattutto non sono ad oggi del tutto governabili *ex ante*, se non attraverso una tecnica estremista del “meglio (non fare) niente che (avere potenzialmente) tutto”.

Ciò nondimeno, si è visto che anche l’algebra del contagio, pur essendo necessaria, non è certamente sufficiente per stabilire quando la compresenza di più soggetti in uno stesso luogo è in grado di condurre, con alta probabilità logica, ad un contagio per un numero di X persone⁷.

Non si tratta, tuttavia, certo di una novità, soprattutto se si considerano le patologie multifattoriali che richiedono spiegazioni e accertamenti individualizzati che siano in grado di concretizzare o di escludere la spiegazione fornita a livello generale.

Ecco perché è importante rendere il dato di cui si dispone quanto più attuale e concreto possibile. Ogni ulteriore spiegazione che faccia riferimento a dati generalizzati senza, peraltro, adeguate contestualizzazioni o adattamenti al caso concreto, risulta pertanto ultronea e foriera di intenti che si discostano del

⁶ DE MARTINO, *La fine del mondo*, cit.

⁷ In questo senso, OLIVA, PASCALI, GRASSI, MARAZZA, VETRUGNO, PONZANELLI, SCAMBIA, CAUDA, BELLANTONE, CAPUTO, *La pandemia di covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, in *Riv. med. leg.*, 2020, 1005 ss.: «è indubbio che la pandemia abbia riscritto alcuni algoritmi sociali e metodologici, e quindi l’analisi dei problemi ad essa correlati richiede un approccio innovativo a problemi del tutto peculiari».

tutto dai (già pochi) dati scientifici di cui attualmente si dispone.

2. Verso una “nuova” modernità giuridica: vecchi e nuovi equilibri tra clausole aperte e norme (non solo penali) in bianco⁸.

2.1. L’esperienza del Covid potrebbe condurre ad affermare che l’intero sistema giuridico (a prescindere dal fatto che sia civile, penale o amministrativo) costituisce una sorta di macro-norma in bianco che, per l’occasione, può essere “riempita di contenuto” (normativo e/o descrittivo), a condizione che si rispettino alcuni presupposti ontologico-fattuali e soprattutto taluni principi cardine a livello costituzionale.

2.2. In questo senso, quanto ai presupposti ontologico-fattuali, comune denominatore agli interventi che si sono avuti in ambito giuridico è rappresentato dalla necessità di far fronte ad una situazione eccezionale, non prevista e né tantomeno prevedibile, né a livello scientifico, né a livello di interazione di forze politico-istituzionali⁹ e né, infine, a livello giuridico.

Sicché lo Stato, messo di fronte ad una sorta macro-causa di forza maggiore¹⁰ (*recte*: una sopravvenienza fattuale giuridicamente rilevante), si è trovato ad affrontare una situazione totalmente incerta e nuova da un punto di vista, non solo ontologico, ma anche nomologico¹¹.

⁸ A proposito dell’utilizzo di “clausole generali” nel diritto penale v. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Questo ha determinato non pochi problemi soprattutto in relazione al principio di separazione dei poteri e al riparto di competenze tra Stato-regioni. Sul punto, si pensi all’annullamento straordinario disposto, ai sensi dell’art. 138 del T.U.E.L., dell’ordinanza del sindaco di Messina a seguito del parere obbligatorio reso dal Consiglio di Stato del 7 aprile 2020 n. 735; oppure, al ricorso presentato al TAR in relazione alla ordinanza della regione Marche con cui si era disposta la chiusura delle scuole in via anticipata rispetto al successivo intervento del governo.

¹⁰ Che si tratti di una causa di forza maggiore in senso, non solo lato, ma anche tecnico giuridico, si comprende bene se si considera quanto è stato previsto nell’ambito dell’art. 3 co. 6 bis del d.l. 6 del 2020, come modificato dall’art. 91 d.l. 18/2020, in cui si dispone che: «*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*». Da tale articolo si desume che l’onere della prova, circa l’incidenza causale delle misure di contenimento sull’inadempimento del debitore (art. 1218 c.c.), pur continuando a gravare sul debitore è tuttavia alleggerito. Tramite tale disposizione si esonera, infatti, il debitore dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario dell’evento, poiché è la legge stessa che qualifica l’evento, elevandolo (seppur in maniera implicita) a “causa di forza maggiore”. Il legislatore considera, in altri termini, il rispetto delle misure di contenimento come una causa non imputabile al debitore e quindi come una forma di impossibilità sopravvenuta. Sul punto si v. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2020, 1515 ss.

¹¹ In questa direzione, quanto alla natura delle misure che sono state adottate (preventive o precauzionali?), v. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica: modelli causa-*

Ebbene, “nulla di nuovo!”, si potrebbe obiettare.

La dottrina utilizza, infatti, un’espressione piuttosto simile («*rischio non solo ontologico, ma anche nomologico incerto*»¹³) in relazione a tutte quelle situazioni che, per essere gestite, abbisognano del ricorso all’ottica precauzionale, data la pervasiva incertezza, che in talune materie, governa il campo scientifico¹³.

Sennonché, si tratta di situazioni rispetto alle quali, generalmente, i tempi di gestione del rischio ignoto sono piuttosto lunghi e dispendiosi, tanto da richiedere costanti e periodiche consultazioni della comunità scientifica di riferimento, al fine di rendere le soluzioni proposte al passo con il cd. “senno di poi”¹⁴. Il tutto, evidentemente, al fine di “costruire” delle regole cautelari pertinenti, che «*funzioneranno, sotto forma di discipline o procedure, per lo più come regole cautelative “provvisorie” – in attesa di conferme sufficienti a fondare scientificamente i sospetti ingenerati da determinate attività*»¹⁵.

In questa direzione, riproponendo quanto di solito avviene in un’azienda, se con la prima fase (cd. *Risk Assessment*) si individuano, in prima battuta, in un determinato settore di riferimento, i rischi che si intendono contenere (in particolare, si può fare riferimento ai cd. rischi strategici, operativi, finanziari, di gestione delle informazioni, emergenti, di impatto sociale, ecc.); con la seconda fase (cd. *Risk Management*) si tenta, invece, di eliminare o, quantomeno di minimizzare, i rischi individuati, nonché di monitorarli e (se del caso)

li vs modelli precauzionali, cit., 7 che giustamente fa notare come si tratti di «misure draconiane e inedite; ma di misure che sono (=debbono essere) anche provvisorie, adattive, dinamicamente variabili (in aumento o in diminuzione) sulla base dell’effettivo andamento del rischio epidemico, proporzionate in relazione all’adeguatezza specifica anche su base territoriale (proporzione e ragionevolezza da valutarsi sulla base dell’andamento epidemiologico del virus e sull’acquisizione di conoscenze tecnico-scientifiche via via aggiornate). (...) mostra un intreccio forse inedito e da manuale tra precauzione e prevenzione, tra ancora ampia e profonda incertezza nomologica, tipica del principio di precauzione, e zone di maggiore solidità sul piano cognitivo, tipiche del principio di prevenzione».

¹² CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza, La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.

¹³ Si pensi, in questo senso, al caso degli OGM; o agli illeciti di pericolo astratto presunto, di natura penale-contravvenzionale e/o amministrativa in materia ambientale in cui si fissano, in un’ottica precauzionale, dei limiti-soglia.

¹⁴ Sul tema, in generale, v. anche DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss. «*in generale nel rapporto tra diritto, scienza e decisioni democratiche su questioni attinenti a valori, scelte politiche etc., assistiamo oggi a un profondo recupero di una razionalità discorsiva, probabilistica, che si fa mediatrice tra fatti e valori, e che trova nella giurisprudenza addirittura un vero paradigma epistemologico: un modello epistemico per altre scienze*». V., inoltre, JASANOFF, *Science and Public Reason*, London, New York, 2012, spec. 103 ss.; nonché, nuovamente, FUNTOWICZ, *Modelli di scienza e policy in Europa*, cit.

¹⁵ CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 4.

aggiornarli costantemente, tramite appunto l'introduzione di regole e normative studiate per l'occorrenza¹⁶.

Si tratta, comunque, (è bene sottolinearlo) di momenti ben distanziati sul piano cronologico e soprattutto fattuale-decisorio e che, in ogni caso, non legittimano un uso "emancipato" del principio di precauzione, ma che al contrario richiedono una valutazione ponderata dei rischi e della normativa in (continuo) essere e divenire, sulla base di decisioni concertate tra più istituzioni (politiche-sociali-scientifiche)¹⁷.

Quasi nulla a che vedere, dunque, con quanto è stato costretto ad affrontare, non solo lo Stato italiano, ma anche proprio tutto il mondo, considerando l'imprevedibilità degli eventi lesivi, l'imponderabilità degli effetti che ne sarebbero derivati (e che ne deriveranno), e soprattutto i tempi (in particolar modo iniziali) ristretti con cui si è richiesto l'intervento.

In questo senso, in effetti, si può sostenere che l'esperienza del Covid costituisce nient'altro che l'espressione di una società "liquida"¹⁸, dove tutto è in costante e perenne divenire e dove (soprattutto) governa un rischio dispotico che, in quanto tale, oltre a non essere controllabile, presenta scarsa efficacia deterrente per i consociati.

2.3. D'altro canto, quanto alla necessità di rispettare taluni principi (cardine) di rilievo costituzionale, oltre che al principio di riserva di legge (che si è inteso violato soprattutto in relazione al diritto penale¹⁹), e a quello di uguaglianza (che ha fondato l'intervento del governo in relazione a taluni specifici settori del diritto penale, ma anche civile e amministrativo), sempre più pregnanza assumono i principi di "adeguatezza" e/o di "proporzionalità"²⁰.

¹⁶ In un'ottica generale, BARRO, *Dal risk assessment alla valutazione integrata strategica*, in *Micron*, 2010, «si può sostenere che il risk assessment è espressione di una strategia che si avvale delle conoscenze evidence based per determinare la probabilità di effetti dannosi causati da interventi che impattano sulla salute dell'uomo (...) Derivando da conoscenze basate sulle evidenze scientifiche, il risk assessment legittima la traduzione in prescrizioni e divieti che devono valere per tutti i soggetti». Inoltre, v. JASANOFF, *Science and Public Reason*, cit., 114 ss. Quanto al rapporto che sussiste tra rischio e diritto penale, v. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., spec. 279 ss., *passim*. Si veda, inoltre, PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini, Pavarini, Bologna, 2011.

¹⁷ In questo senso, si spiega il ruolo chiave concertativo assunto da parte della Protezione Civile la cui normativa è stata, da ultimo, oggetto di innovazione con il d. lgs. n. 1 del 2018.

¹⁸ BAUMAN, BORDONI, *Stato di crisi*, Torino, 2015. Sul punto, basti solo pensare all'incommensurabilità non solo ai danni emergenti, ma anche al lucro cessante che deriverà in futuro, in termini di salute, per coloro che hanno contratto il virus.

¹⁹ Sul punto si rimanda a quanto affermato da FLICK, in *www.open.online*.

²⁰ Invero, proprio qualche giorno fa si leggeva sulla Repubblica: «Continuare a considerare soltanto reazioni adeguate e proporzionate al numero dei contagi giornalieri ci farà probabilmente rispettare i principi di diritto penale, ma non ci aiuterà a contenere la seconda ondata della pandemia» (Frasi di

Quest'ultimi costituiscono, infatti, dei presupposti che sono stati, in tema di emergenza Covid, spesso utilizzati al fine di delimitare (nella maggior parte delle volte, in negativo) il perimetro di intervento dello Stato, non solo in relazione all'*an*, ma anche rispetto al *quantum* di misure eccezionali concesse e previste in deroga a quanto disposto, in termini generali, nel nostro ordinamento.

Volendo fornire un esempio, si può certamente considerare quanto è stato previsto, nel campo del diritto civile, nell'ambito dell'art. 3 co. 6 bis d.l. del 23 febbraio n. 6 del 2020, come modificato dall'art. 91 del d.l. n.18/2020. Tale norma può funzionare, infatti, come sorta di "causa di riduzione del risarcimento", laddove il soggetto debitore non abbia potuto adempiere alla sua obbligazione per causa imputabile al rispetto delle misure di contenimento. Si tratta, in altre parole, di una sorta di scriminante che può incidere sull'*an* (in relazione all'art. 1218 c.c.) o sul *quantum respondeatur* (in relazione all'art. 1223 c.c.), rendendo in quest'ultimo caso il risarcimento "proporzionato" e "adeguato" all'inadempimento effettivamente imputabile al debitore.

Nella medesima direzione, può essere letto l'intervento avutosi lo scorso 14 settembre con cui si sono confermate le modifiche sostanziali apportate all'art. 1, co. 1, della legge n. 20 del 14 gennaio 1994 sulla disciplina sulla responsabilità per danno erariale. Nello specifico, con l'articolo 21 della l. 120/2020 si è ridescritto il requisito soggettivo dell'illecito, per cui se da un lato si è limitata la responsabilità delle condotte attive ai soli fatti dolosi (e non anche più colposi connotati da colpa grave); dall'altro lato, si è chiarita la necessità di dimostrare la volontà dell'evento dannoso (applicando le coordinate penalistiche dell'art. 43 c.p.) e non solo della condotta (sulla base delle coordinate civilistiche dell'art. 2043 c.c.). Si tratta, comunque, di una limitazione che è stata estesa fino al 31 dicembre 2021, in ragione della proroga dello sta-

Riccardo Luna). Il principio di proporzionalità, in particolare, ha assunto nuove vesti soprattutto se letto in combinato disposto con i principi di offensività, uguaglianza e ragionevolezza; il tutto anche grazie all'influenza che esercita il diritto sovranazionale (europeo e convenzionale) sul nostro ordinamento interno. Sul punto, v. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in www.discrimen.it, spec. par. 5 (*I volti del giudizio di proporzione: offensività, cornici edittali di pena, commisurazione della pena, adeguatezza funzionale*). Si tratta, comunque, di un tema su cui si ritornerà nei parr. 4 e 6, soprattutto avendo riguardo alla proporzione come "*adeguatezza funzionale della norma ai suoi aspetti finalistici*". Sulla esigenza di una proporzione complessiva della risposta sanzionatoria v. DONINI, Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2284 ss.; ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss. Si veda, inoltre, D. CASTRINUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., spec. par. 1.

to di emergenza, e che, in un'ottica di proporzione e adeguatezza, mira - attraverso il superamento del fenomeno della cd. "burocrazia difensiva" - a garantire la "ripartenza" del Paese²¹.

Ciò premesso, soffermiamoci sugli interventi avutosi in campo penale al fine di verificare se, anche in questo settore, si sono rispettati i principi-guida di "adeguatezza" e "proporzionalità".

3. *L'irresistibile ricorso allo strumento (di contenimento) penale.*

3.1. Massimo Donini, nel suo scritto *Diritto Penale come etica pubblica*, ad un certo punto si esprime dicendo: «*la società civile non esprime un'etica condivisa in settori contrassegnati dal contesto multiculturale (...) è che manca la stessa etica non giuridica, perché non c'è più una vera e sentita visione religiosa, socialista, marxista, liberale classica o di altro tipo (...). regna una situazione di anomia diffusa dove è il diritto, e nei limiti invalicabili del lecito il diritto penale, a rappresentare l'etica pubblica, della società civile, nella quale quasi tutti non possono o non dovrebbero potere non riconoscersi. Tuttavia il diritto penale è molto esteso, ben oltre i mala in se, e dunque riproduce al suo interno un pluralismo di valori che è nel contesto sociale, per quanto non precisato in codici morali definiti.*»²².

Ebbene, si tratta di un pensiero piuttosto forte e soprattutto con una miriade di implicazioni (sul piano giuridico e non solo), ma che pare abbia superato (volendo usare termini ingegneristici) sia la prova di "resistenza" (al tempo), sia la prova di "qualità", soprattutto se si considera quanto, in effetti, è avvenuto in relazione alle tecniche e misure contenitive del Covid.

²¹ Sul punto, v. quanto affermato dalla Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, Audizione sul disegno di legge n. 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*"), Roma, 28/07/2020. In particolare, dopo aver palesato le proprie perplessità in merito all'intervento del legislatore, nel par. 4, ha affermato che «*Sul concetto generale di limitazione dell'azione di responsabilità ai soli casi di condotta dolosa, concetto giustificato dal fatto che vi sarebbe un tendenziale timore degli amministratori a provvedere per non incorrere nelle maglie della responsabilità per danno erariale, va innanzitutto detto che l'assunto, nella migliore (o peggiore) delle ipotesi è vero solo in minima parte, ben concorrendo alla incapacità provvedimento della P.A. ben altri fattori, tra i quali: la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale, l'insufficienza degli organici*». In generale sul tema, e avendo soprattutto riguardo alla riforma che ha interessato l'abuso d'ufficio, v. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it.

²² DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, 2015, 38 ss. Nella medesima direzione e con maggiori sviluppi, DONINI, *Garantismo penale oggi*, in www.discrimen.it.

3.2. Nel periodo imposto di “Ramadan da affetti e vizi”, si è infatti deciso di prescrivere una serie di precetti che a tratti seguono la logica del “diritto penale della mera (dis-)obbedienza”²³ e che, non a caso, sono stati definiti, da autorevole dottrina, come “*Gebote, hart, doch hoffnungserweckend* (comandi, duri, ma che danno speranza)”²⁴; il tutto considerando, peraltro, le conseguenze, di non poco conto, quanto a limitazioni in termini di libertà personali.

D'altronde, avendo riguardo al bilanciamento che, di fatto, si è svolto tra “libertà” (di circolazione, di iniziativa economica ecc.) e “vita e salute”, malgrado teoricamente (o, probabilmente, solo in apparenza) non dovrebbero esistere beni giuridici superiori ad altri, si è in concreto accordata maggior tutela nei riguardi dei secondi²⁵.

²³ Questo, d'altronde, non deve stupire dal momento che, soprattutto inizialmente, governava una logica precauzionale. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza, La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, cit., 4. In generale, v. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza del prodotto*, a cura di Donini, Castonuovo, Padova, 2007, *passim*.

²⁴ Espressione ripresa da D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it.

²⁵ Sul punto, si ricordi la sentenza della Corte Cost., del 9 maggio 2013 n. 85, che chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale del d.l. n. 207 del 2012, evidenziava la necessità di «*un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso*», precisando, peraltro, che «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*». Sicché, è necessario garantire «*un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto*». D'altro canto, la terza sezione del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. III, dec., 30 marzo 2020, n. 1553) ha affermato che «*per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo*». In generale, a proposito di bilanciamenti tra diversi “beni giuridici” v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; e in particolare, avendo riguardo a casi concreti: PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ilva e texaco-chevron*, in www.costituzionalismo.it.

Si tratta, del resto, di beni (vita e salute) che si collocano al centro della tutela pan-penalistica, rispetto ai quali diverse sono le tecniche di cui il diritto penale può legittimamente servirsi.

Più in particolare, già con il primo d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, si era previsto, tramite l'art. 3 co. 4, che in caso di inosservanza delle misure di contenimento (adottate in base agli art. 1 e 2 del d.l.) si sarebbe applicato l'art. 650 c.p. Nondimeno, si è trattato di una norma con vita breve, considerando i ben noti profili di incompatibilità con il principio di riserva di legge²⁶.

La norma *de qua* è stata, infatti, rapidamente sostituita da una successiva prevista nell'ambito dell'art. 4 del d.l. n. 19 del 2020. Si tratta, in particolare, di una disposizione a più norme che, come tale, presenta un duplice sistema sanzionatorio: se da un lato, infatti, collega alla violazione di certe misure di contenimento una sanzione amministrativa (“*del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000*”); dall'altro ha disposto che alla violazione della misura di contenimento indicata dall'art. 1 co. 2 lett. e) (soggetto sottoposto a quarantena sanitaria) corrisponda una sanzione penale. In quest'ultimo caso, si applicherà, nel dettaglio, l'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie), salvo però che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 c.p. (Delitto contro la salute pubblica) o comunque un più grave reato²⁷. In questa maniera si sono, di fatto, introdotte due clausole di sussidiarietà: una “determinata” (rinvio all'art. 452 c.p.) e l'altra “relativamente indeterminata” (in relazione a reati “più gravi” non meglio definiti).

3.3. Tralasciando a margine, per quanto a noi interessa, i profili di diritto intertemporale, nonché quelli attenenti al rapporto che di per sé intercorre tra l'art. 452 c.p. e la condotta di inosservanza della quarantena (che conduce all'applicazione della contravvenzione di cui al già menzionato articolo 260)²⁸, è opportuno invece evidenziare il fatto che il ricorso allo strumento penalisti-

²⁶ Per un *excursus* maggiormente dettagliato v. CUPELLI, *Il diritto penale alla prova dell'emergenza covid-19: nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori*, in *Cass. Pen.*, 2020, 2209 ss.

²⁷ In generale, si rinvia a GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, spec. par. 3.6. e 4. In particolare, l'autore sostiene che quanto previsto configurerebbe un reato di pericolo astratto che si fonda su «una presunzione ragionevole perché sorretta da evidenze scientifiche ben note, quando si tratta dell'allontanamento dal luogo di isolamento di persona positiva al virus». Nella stessa direzione, BATTARINO, NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Quest. Giust.*, 2020.

²⁸ *Ibidem*. Si veda, inoltre, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra i reati previsti, PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 179 ss., spec. par. 4.2.3.

co ha interessato, non solo l'Italia, ma anche altri paesi europei, tra cui la Francia e l'Inghilterra.

Quanto all'Inghilterra, nel *Coronavirus Act 2020* - e nello specifico, nella Schedule 21 (*Powers relating to potentially infectious persons*) - al punto 23 è previsto che «*A person commits an offence if the person: (a) fails without reasonable excuse to comply with any direction, reasonable instruction, requirement or restriction given to or imposed on the person under this Part of this Schedule; (b) fails without reasonable excuse to comply with a duty under paragraph 18(1) or (2) (duties of individuals who have responsibility for a child); (c) absconds or attempts to abscond while being removed to or kept at a place under this Part of this Schedule; (d) knowingly provides false or misleading information in response to a requirement to provide information under this Part of this Schedule or otherwise in connection with the exercise of any power under this Part of this Schedule, or (e) obstructs a person who is exercising or attempting to exercise a power conferred by this Part of this Schedule. (2) A person guilty of an offence under this paragraph is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale*»²⁹.

Si tratta, peraltro, di una disposizione ripresa anche nei successivi punti 45, 67, 88, rispettivamente previsti per Scotland, Galles, Northern Ireland. L'unica differenza è che, rispetto alla Scozia, è stata prevista la seguente pena: «*A person guilty of an offence under this paragraph is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding level 5 on the standard scale (or to both).*».

D'altro canto, quanto alla Francia, dopo che nel Titre III (*Menaces et crises sanitaires graves*), Chapitre Ier (*Menaces sanitaires*) all'Article L.3131-15 del Code de la santé publique si prevede che «*I.-Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique: (...) 3° Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine, au sens de l'article 1er du règlement sanitaire international de 2005, des personnes susceptibles d'être affectées; 4° Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, au sens du même article 1er, à leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté,*

²⁹ Si può consultare: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/schedule/21/enacted?view=interweave> (ultima consultazione del 27.11.2020).

des personnes affectées; »³⁰; allo stesso tempo nel *Chapitre VI (Dispositions pénales)* nell'art. Article L3136-1 si prevede che «*Le fait de ne pas respecter les réquisitions prévues aux articles L. 3131-15 à L. 3131-17 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende*»³¹.

Ebbene, fin qui si potrebbe dire: *Nihil novi sub sole*.

Il ricorso allo strumento penale ha costituito un espediente utile al fine di far rispettare ai consociati le direttive imposte in tema di misure di contenimento del Covid, soprattutto avendo riguardo al rispetto della misura della quarantena obbligatoria di cui dall'art. 1 co. 2 lett. e)³².

Sennonché, una differenza c'è ed è proprio ravvisabile nella “bipolare clausola di riserva” iniziale prevista nell'ambito dell'art. 4 co. 6 del d.l. n. 19 del 2020 che, in effetti, ha dato adito a non pochi dibattiti (finora solo dottrinali)³³ in ordine all'effettiva configurabilità di ipotesi di reato così come quelle esplicitamente (art. 452 c.p.) o implicitamente (“più grave reato”) previste nell'articolo *de quo*.

³⁰ In particolare, è interessante anche evidenziare quanto è disposto nella parte III del medesimo articolo in cui si prevede che «*Les mesures prescrites en application du présent article sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.*».

³¹ Sul punto, si può consultare: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000041868021/2020-05-12/> (ultima consultazione del 27.11.2020). Per una lettura comparata, avendo riguardo anche agli Stati Uniti, v. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it.

³² CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., secondo cui: «*la scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla extrema ratio, assieme a quella di sottoporre (in maniera espressa e diretta) a sanzione criminale soltanto la violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, mantiene, seppure problematicamente, l'opzione penalistica all'interno della logica della prevenzione, vista la (benché variabile) diffusività della malattia.*».

³³ Sul punto, senza pretese di esaustività si vedano: CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit.; VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *questa Rivista*, 2020; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *Leg. Pen.*, 2020; ID., *La gestione dell'emergenza 'Covid-19': il 'rischio penale' in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 887 ss.; PELLISERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 503 ss.; PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, cit.; DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realtà'*, in *Riv. med. leg.*, 2020, 983 ss.; AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, cit.; PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in www.sistemapenale.it.

4. *Le sinergiche aporie del delitto di epidemia: a) la definizione dell'offesa in rapporto all'interesse categoriale protetto.*

4.1. Quanto premesso funge, in un certo senso, da cornice rispetto allo scopo finale di verificare l'adeguatezza funzionale del delitto di epidemia (colposa) in relazione alla condotta posta in essere da soggetti che, non rispettando la misura di quarantena obbligatoria (ma non solo)³⁴, si rendono automaticamente potenziali untori.

Si tratta, nello specifico, di un delitto che tutela – sia nella forma colposa, che in quella dolosa – quel particolare profilo “dell'incolumità pubblica” rappresentato dalla “salute pubblica”; bene che, in effetti, non era previsto, né nei codici preunitari e né tantomeno nel codice Zanardelli, essendo stato disposto, per la prima volta, proprio nel codice Rocco³⁵.

La definizione di “salute”, così come anche la definizione stessa di “epidemia”, risultano nel complesso controverse, essendo in bilico tra le nozioni di origine tecnico-scientifica (certamente più estensive) e il significato che, invece, tali termini assumono in una dimensione prettamente normativo-giuridica (più restrittiva).

Più nel dettaglio, la Costituzione dell'OMS del 1948 ha definito la salute come «*Uno stato di completo benessere fisico, sociale e mentale, e non soltanto l'assenza di malattia o di infermità*». Sicché, non basterebbe accertare la mera assenza di una malattia al fine di definire se una persona sia o meno in salute, essendo al contrario necessario definire, nel concreto, se sussistano ulteriori “*cause di perturbamento o di alterazione delle funzioni psico-fisiche*” di un soggetto³⁶.

Ciò nondimeno, dottrina e giurisprudenza sono più propense ad accogliere la

³⁴ Invero, come fatto notare in dottrina, in un'ottica di progressività offensiva scalare: «*per progredire da contravvenzione a delitto non basta violare il divieto anelastico di allontanarsi dalla propria dimora: occorrono ulteriori negligenze e inottemperanze (ad es. non indossare la mascherina, non rispettare la distanza di sicurezza, frequentare locali affollati, etc.)*». In questi termini, v. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., 8. V., peraltro, a proposito del possibile riferimento costituzionale della misura della quarantena (art. 13 o art. 16 Cost.) e della disciplina della cd. quarantena precauzionale, BATTARINO, NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit.

³⁵ In questo senso, CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica, Tomo II: I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Dolcini, Marinucci, Padova, 2014, 2 ss. il quale, citando CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Speciale*, VI ed. 1899, V, § 2467, 7, così si esprime «*va riconosciuto a Francesco Carrara il merito di aver colto la necessità di inserire tra i reati “sociali” una figura delittuosa ad hoc che incriminasse la dolosa propagazione di una malattia contagiosa*». Nella medesima direzione, si v. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 201 ss.

³⁶ DONINI, *Modelli di illecito penale minore.*, cit., 214.

nozione restrittiva di salute ricavata perimetrando, in negativo, il concetto stesso di malattia³⁷. Così, Corbetta: «*il concetto di salute va dunque inteso come assenza di malattia, di disturbi o di infermità anche temporanei, ovvero come conseguenza positiva di interventi dovuti a determinate sostanze*»³⁸.

D'altro canto, l'attributo "pubblica" (che in sostanza serve per significare la dimensione superindividuale dell'oggetto di tutela) incide sulla dimensione non solo qualitativa, bensì anche e soprattutto quantitativa del bene considerato, in quanto di fatto si incriminano condotte che, per la diffusività del morbo, sono in grado di compromettere la salute di una cerchia indeterminata e indeterminabile *ex ante* di persone (*in incertis ac plurimas personas*).

In questo senso, la salute pubblica assume le sembianze di «un bene indisponibile esattamente perché autonomo da quello delle singole, possibili vittime (...) perché la sua offesa è pubblica, e come tale di pericolo indeterminato e perché in genere l'identificazione dei soggetti non è preventivabile»³⁹.

4.2. Quanto premesso deve però, fare i conti con una prassi sempre più emergente a livello dottrinale e non solo, secondo cui il delitto di epidemia dovrebbe essere (più correttamente) inteso come reato di danno; ciò evidentemente comporta delle ripercussioni di vario tipo soprattutto sul piano di accertamento del fatto tipico.

4.2.1. Più in particolare, l'orientamento che riconduce il delitto di epidemia nell'ambito dei reati di danno fa leva sostanzialmente sul dato che tra gli stessi elementi del fatto non è previsto il pericolo di ulteriore contagio (si parla direttamente di: "*chiunque cagiona l'epidemia*").

In questo senso, si rende non solo sufficiente, ma anche proprio necessario accertare, sul piano concreto, che la malattia abbia colpito un numero elevato di persone, risultando viceversa irrilevante il pericolo di ulteriore diffusione della malattia (*recte*: pericolo di ulteriore contagio). In altri termini, sarebbe

³⁷ Del resto, il concetto stesso di "malattia" se in campo medico può assumere un significato poliforme, a livello giuridico - e, in particolare, per quanto a noi interessa, in relazione a quanto previsto negli artt. 438-452 c.p. - deve essere inteso in senso univoco. In questa direzione, CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 84 chiarisce che è necessario che la malattia sia infettiva e non anche contagiosa. Esulano, pertanto, dal campo di applicazione delle norme *de quibus*: i tumori, le malattie cardiovascolari, le intossicazioni ecc. Nello specifico egli poi chiarisce che «*la principale caratteristica delle malattie infettive è la trasmissibilità orizzontale, ossia il propagarsi della malattia attraverso il passaggio dell'agente eziologico da un ospite all'altro, sia per contatto diretto, sia per ambiente*».

³⁸ CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 8. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, 171 ss., spec. 173.

³⁹ Così DONINI, *Modelli di illecito penale minore.*, cit., 226 ss. il quale in questo modo riprende il pensiero di F. Carrara secondo cui si tratterebbe di un bene indisponibile.

decisiva, per la configurazione del delitto *de quo*, (l'accertamento del)la dimensione **quantitativa del fenomeno, a discapito di quella qualitativa che ha riguardo all'ulteriore propagazione del morbo.**

Senonché, è stato fatto notare in dottrina che, valorizzando l'aspetto quantitativo (rappresentato dall'elevato numero delle persone colpite) si pone in risalto un profilo solo parziale del concetto di epidemia, la quale verrebbe intesa in una dimensione meramente statica (e non dinamica). Ciò andrebbe evidentemente a discapito del profilo qualitativo del fenomeno epidemico, che generalmente connota e caratterizza i reati di (comune) pericolo.

4.2.2. Secondo un diverso orientamento (intermedio), il delitto di epidemia rappresenterebbe, viceversa, al contempo un reato di danno e reato di pericolo (presunto).

In questo senso, il delitto *de quo* avrebbe un disvalore (apparentemente) polivalente, occorrendo ai fini della sua configurazione, non solo un evento dannoso che sia in grado di dare corposità al profilo statico-dimensionale della diffusione del morbo, ma anche un pericolo di ulteriore diffusione del morbo; pericolo (di ulteriore diffusione) che, tuttavia, secondo questa tesi, non deve essere accertato in quanto si presumerebbe in termini assoluti.

Purtuttavia, una tesi di questo tipo si rivela poi, insufficiente se si considera il piano empirico-fattuale, in quanto il "pericolo di ulteriore diffusione", non può comunque prescindere dall'accertamento, con un certo grado di probabilità, dell'ulteriore propagazione degli agenti patogeni⁴⁰.

4.2.3. Rimane, d'altro canto, ad oggi, ancora maggioritario l'orientamento che tende a valorizzare la natura "comune" del pericolo sotteso alla fattispecie in esame.

In questa direzione, si ritiene che il numero effettivo delle vittime contagiate non rilevi sul piano del fatto tipico, dovendo essere più correttamente inteso quale indice (esponenziale) della (ulteriore e incontrollata) diffusività del morbo.

Il baricentro del delitto si sposta, in questo modo, verso l'alto, avendo riguardo alle vittime, non tanto attuali e concrete ("infezioni primarie"), bensì a quelle potenziali, future e necessariamente incerte e indefinite nel numero e nell'identità ("infezioni secondarie")⁴¹.

⁴⁰ Per maggiori approfondimenti sulle posizioni assunte dalla dottrina anche più risalente, oltre alle opere già citate di Corbetta e di Gargani, v. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003, 3946 ss. (Nota a: Tribunale Trento, sez. uff. indagini prel., 12 luglio 2002).

⁴¹ Tale conclusione viene, d'altronde, avvalorata se si considera il significato del termine stesso di "epidemia". In questa direzione CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 13: «Se dunque può parlarsi di epidemia solo in presenza di una malattia infettiva - e quindi facilmente trasmissibile - (...)

La potenziale moltiplicazione del pericolo di diffusione della malattia offensiva rappresenta, pertanto, secondo questo orientamento, il tratto saliente del reato *de quo*. Pericolo di ulteriore diffusione che però, non può essere oggetto di astrazioni e/o presunzioni in campo processuale-probatorio, ma che al contrario richiede il concreto accertamento dell'ulteriore trasmissibilità della malattia ad un numero indeterminato di persone⁴².

4.3. In ogni caso, si deve evidenziare che le diverse posizioni assunte da parte della dottrina, in ordine alla natura del delitto di epidemia, si giustificano avendo certamente riguardo “*all'elevato grado di offensività*” che di per sé connota e contraddistingue il fatto tipico del reato considerato⁴³; ma non solo. Il problema principale (se così vogliamo definirlo) di tale delitto consiste proprio nel fatto che, già sul piano della tipicità (prescindendo, pertanto, per ora, dalle questioni relative al nesso di causalità e/o al profilo soggettivo-colposo), ai fini della sua configurazione, è comunque necessario che sia, di fatto, già avvenuta (o quanto meno in essere) la diffusione della malattia; è necessario, in altre parole, che l'epidemia sia, in quanto tale, già in atto e che abbia in concreto coinvolto un certo numero di persone.

Tale caratteristica riporta, di fatto, il baricentro del delitto in uno stadio sensibilmente (e problematicamente) più avanzato e proiettato verso il “danno”, in una materia in cui «*si rende invece indispensabile anticipare la soglia della punibilità*»⁴⁴. Sicché, non si fa neppure in tempo a dire che l'epidemia è un delitto di (comune) pericolo concreto che, invero, si è già dentro il perimetro del macro-evento epidemico, in relazione ad un numero di soggetti contagiati

causata dalla diffusione - incontrollata e incontrollabile - di germi patogeni, non vi è dubbio che il baricentro della fattispecie sia rappresentato non dal contagio che ha già colpito un certo numero di persone individuate, ma dal pericolo di diffusione di quel morbo tra una cerchia ancora più ampia di vittime potenziali». Nella medesima direzione, GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 349; DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 207.

⁴² In questo senso, oltre ai lavori già citati, *ex multis* v. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, in *Dig. Pen.*, 1990, 250 ss., spec. 254: «*il pericolo per la pubblica incolumità va previsto per la qualificazione attinente alle caratteristiche materiali del fatto, e quindi, è un pericolo concreto per la pubblica incolumità*». D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1133 ss. Sul concetto di pericolo concreto v. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 2002. In generale, peraltro, sui reati di pericolo, GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990. Per una distinzione tra reati di pericolo concreto, astratto-concreto, presunto v. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 45 ss.

⁴³ Così, DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit., 73 ss. il quale sottolinea che essa «*dipende (...) dal gigantismo del bene giuridico, dove è possibile provare la sua messa in «comune» pericolo solo dopo che alcuni singoli sono stati davvero colpiti dalle fonti di pericolo*».

⁴⁴ GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 339.

che rimangono, comunque, incerti e indeterminati.

4.4. Si tratta, peraltro (ed è bene sottolinearlo) di una caratteristica che, invero, connota e contraddistingue, come tale, il delitto di epidemia (e, al più, quello di avvelenamento) e non anche gli altri delitti contro la “salute pubblica” i quali, in questo senso, potrebbero intendersi (almeno sulla carta) come un *corpus* autonomo e a sé stante rispetto ai restanti delitti contro l’incolumità pubblica.

In generale, infatti, ai fini della configurazione di uno dei delitti previsti nel Libro II, Titolo VI (delitti contro l’incolumità pubblica) si rende di per sé sufficiente il verificarsi di eventi tipizzati dal legislatore il cui contenuto (e disvalore) materiale è, di per sé, già idoneo a mettere in pericolo l’incolumità pubblica. In questi casi si riesce, pertanto, a cogliere perfettamente la differenza che sussiste tra la dimensione in cui vive l’evento di danno (che si integra solo laddove, nel concreto, poi il disastro si verifica); e la dimensione che, invece, anticipata il disastro e in cui, viceversa, vive e aleggia il (concreto) pericolo (comune) per l’incolumità pubblica.

Lo stesso non può, invece, affermarsi in relazione agli (altri) reati (minori) contro la “salute pubblica”⁴⁵: questi, infatti – salvo proprio il delitto di epidemia e di avvelenamento – sono privi dell’evento disastro che, in effetti, non è proprio richiesto dal tipo⁴⁶.

Da questo punto di vista, il delitto di epidemia, si differenzia sia dai reati contro l’incolumità pubblica, sia dai reati “minori” contro la salute pubblica, sul piano (dell’attuazione) della fase “intermedia” che – se nei reati contro

⁴⁵ Si tratta, in particolare, di fattispecie spesso basate sul solo pericolo-astratto. Ciò nondimeno, paradossalmente, anche in questi casi si procede solo quando il danno c’è stato. In questo senso, è utile riportare il pensiero di DONINI, *Modelli di illecito penale minore.*, cit., 215, laddove afferma che: «se non c’è un’epidemia o un avvelenamento, la (...) concreta messa in pericolo (della salute pubblica) non è automaticamente e gravemente accompagnata da danni individuali. Si procederà più spesso dopo un danno verificatosi, ma questo giustamente non sta nel tipo. (...) La circostanza che spesso non si possa procedere, di fatto, se non dopo che c’è stata qualche lesione può condurre a una critica di inadeguatezza preventiva di questi delitti di pericolo». (parentesi aggiunte).

⁴⁶ Sul punto, ancora, DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli, Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale così si esprime: «L’art. 439 c.p. equivale nel sistema del codice penale al delitto di strage: è pensato sul paradigma di un’offensività vicina al pericolo immediato per la vita di più persone, come anche l’epidemia. È un vero caso di disastro. (...) il codice penale non qualifica come disastri i delitti in materia di salute pubblica, a differenza di quelli che riguardano l’incolumità pubblica (...). Delitti di pericolo astratto sono diventati anche quelli di cui agli artt. 440, 442 e 444 c.p., secondo certe applicazioni giurisprudenziali. Un vero disastro qui manca del tutto, anche se si procede sempre in presenza di qualche danno o lesione individuale. Si aspetta il danno per punire il pericolo. Ma un disastro non c’è. Come nel caso dell’art. 437 c.p. in materia di infortuni sul lavoro.». In senso parzialmente difforme v. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 396 ss.

l'incolumità pubblica è rappresentato dal danno materiale alle cose che è idoneo, come tale, a mettere in pericolo l'incolumità – nel delitto in questione coinvolge, invece, (sempre e comunque) la collettività. In altre parole, e volendo usare quelle di Gargani: «*nella fattispecie di epidemia, il danno personale surroga il danno materiale, mantenendo in chiave strumentale la natura di danno qualificato dal pericolo*»; in esso, pertanto, «*le lesioni e lo stesso evento letale a danno degli individui sono considerati ai fini della potenzialità espansiva delle ripercussioni ulteriori sulla salute di una pluralità di vittime potenziali e ancora indeterminate*»⁴⁷.

4.5. Questo processo di metamorfosi delle vittime del contagio in “indice di avvenuta contaminazione” ha, come tale, progressivamente condotto ad intendere le medesime vittime del contagio come “potenziali e ulteriori canali di trasmissione della malattia” (in altri termini: come potenziali untori).

Il tutto porta evidentemente ad una serie di ripercussioni: prima fra tutte la difficile (se non quasi impossibile) dimostrazione (salvo in casi estremi) dell'integrazione del delitto *de quo*, già proprio sul piano del fatto tipico⁴⁸.

Si deve, in effetti, considerare come non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza, siano (stranamente) concordi nel ritenere che ai fini della configurazione del reato in questione sia necessario coinvolgere “un gran numero di soggetti”⁴⁹. Sul punto funge, d'altronde, ancora da insegnamento quanto affermato dal Tribunale di Bolzano, in una sentenza piuttosto risalente (del 13 marzo 1979), allorquando ha espresso la necessità che, per l'integrazione del delitto di epidemia, debba «*essere colpita una comunità abbastanza numerosa da meritare il nome di popolazione*»⁵⁰.

⁴⁷ GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 349.

⁴⁸ Per maggiori approfondimenti, quanto ai casi in cui si è inevitabilmente giunti a esiti solutori per insussistenza del fatto, v. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 88 ss. Sul punto interessante, peraltro, la soluzione proposta da CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., di utilizzare R. quale parametro di riferimento per vagliare la potenzialità diffusiva della malattia attraverso il singolo.

⁴⁹ In questa direzione, ancora GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 339: «*il pericolo per la salute pubblica funge da macro-requisito, tendenzialmente paralizzante, così impegnativo per l'accertamento giudiziale da rendere le fattispecie difficilmente applicabili*»; e peraltro, PADOVANI, *L'avvenire della legislazione sulle frodi agrarie*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare. Atti del Convegno «A. Carozza» (Firenze, 21 novembre 1997)*, a cura di Germanò, Rook Basile, Milano, 1999, 21 ss., spec. 23 (citato a sua volta da Gargani): «*non soltanto si esige l'attività incriminata coinvolga potenzialmente una collettività indeterminata di soggetti, ma è l'oggetto di questo pericolo, il riferimento alla salute che diventa di difficile riscontro in concreto*».

⁵⁰ Sul punto v. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit. V. inoltre PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.)*, cit., il quale fa notare che la giurisprudenza «*ha accolto i contributi sull'elaborazione dell'epidemia in senso normativo forniti negli anni dalla dottrina, dalla giurisprudenza di merito e, in seguito, dalle Sezioni Unite civili della suprema corte, che ne hanno indi-*

Ecco che allora risulta, di fatto, praticamente (quasi sempre) impossibile provare, sul piano del fatto concreto, che dal primo contagio si possa passare ad un secondo, terzo, quarto ecc. in un’ottica dimensionale tale da coinvolgere un’intera popolazione, escludendo peraltro l’intervento di decorsi causali concorrenti e/o esclusivi⁵¹; il tutto, a meno che non si pensi di poter configurare un concorso di persone.

Questo, per altri versi, spiega il motivo per il quale non risulterebbe applicabile il reato *de quo* laddove ci si trovi di fronte a meri *cluster* epidemici⁵². Si fa, in particolare, riferimento a tutti quei casi di focolai che, in virtù della ristretta diffusione o/e mancata propagazione della malattia, comportano la configurazione di altre ipotesi di reato contro l’incolumità individuale (e non più pubblica), come ad esempio “omicidi” e le “lesioni personali”, eventualmente nella forma plurima-aggravata o tentata⁵³.

D’altro canto, ulteriore ripercussione, che deriva da questo processo di metamorfosi delle “vittime del contagio” in “indice di avvenuta contaminazione” e, al contempo, in ulteriore “canale di trasmissione del morbo”, si ha sul piano (dell’accertamento) del nesso di causalità; ma per questo si rinvia al prossimo paragrafo.

5. (segue). b) il peculiare (mancato) accertamento del nesso di causalità.

viduato i tre connotati essenziali: diffusione (parametrata alla rapidità del contagio), diffusibilità (valutata in base alla trasmissibilità della patologia infettiva), incontrollabilità (che attiene all'estensione del morbo sul territorio).». Sorge, a questo punto, un interrogativo: quanti casi di malattia devono essere verificati perché si possa dire realizzata la malattia? Sul tema, e in particolare sulla necessità di rispettare i principi di offensività e proporzione, v. CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 94; GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 352.

⁵¹ Sul tema, basti solo pensare ai casi affrontati in giurisprudenza in tema di HIV, HBV, HCV. Per una disanima si rinvia a CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 71 ss.

⁵² Si pensi, in questo senso, a quanto sempre più frequentemente accade in ambienti di lavoro. Sul tema, *ex multis* v. Di GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in www.sistemapenale.it; GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sist. pen.*, 2020, 271.

⁵³ PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.)*, cit. Sul tema, particolarmente esplicitiva è la sentenza della Cass. pen., Sez. I, 30 ottobre 2019, in *Mass. Uff.*, n. 48014: «*la nozione di cluster epidemico, ossia di un'aggregazione di casi di infezione collegati tra loro in una determinata area geografica e in un determinato periodo e che ben descrive il fenomeno causato dalle condotte di contagio dell'imputato, non equivale alla nozione di epidemia, a cui inerisce strutturalmente il profilo della consistenza del dato quantitativo, del numero particolarmente elevato di soggetti infettati. Nel caso in esame si ha un cluster epidemico e non una epidemia nel senso fatto proprio anche dalla legge penale, perchè il fenomeno è apparso quantitativamente circoscritto.*».

5.1. Il cappello introduttivo (che in apparenza poteva sembrare deviante) racchiude, in realtà, in sé il motivo per il quale risulta e risulterà piuttosto difficile (anche se, in linea di principio, non impossibile) avere un adeguato accertamento del nesso di causalità in relazione a potenziali condotte colpose di (propagazione dell') epidemia.

In un'ottica generale si potrebbe invero affermare che, trattandosi di reato contro la salute pubblica, non rilevando il profilo (dell'accertamento) della causalità individuale, per accertare l'evento di pericolo a dimensione collettiva si renderebbe sufficiente l'impiego di criteri epidemiologici di accertamento⁵⁴.

In questa dimensione avrebbe, peraltro, probabilmente senso anche utilizzare il criterio proposto da una parte della dottrina, in tema di accertamento del nesso di causalità (invero individuale), “*dell'accertamento alternativo della vittima*”⁵⁵.

D'altronde, i problemi che in genere si hanno sul piano dell'accertamento del nesso di causalità individuale, avendo riguardo alle cd. patologie multifattoriali (tumori polmonari, ecc.), potrebbero essere in parte fugati, considerando il fatto che le malattie penalmente rilevanti, ai fini della configurazione del delitto di epidemia, sono unicamente quelle cd. mono-fattoriali, trasmissibili per via orizzontale⁵⁶. Si fa, in altre parole, riferimento a tutte quelle patologie infettive che, di regola, sono provocate da una causa unica (che, nel nostro caso, si individuerrebbe nella SARS-CoV-2 che, a sua volta, causa la Covid-19) e che, nel concreto, vengono trasmesse da un soggetto-ospite ad un altro recettore mediante una trasmissione diretta e/o indiretta⁵⁷.

Del resto, già sul piano letterale, il sintagma utilizzato dal legislatore “germi

⁵⁴ DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli*, cit. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., par. 2.

⁵⁵ Sul tema si vedano i ben noti lavori di: MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; ID., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 346 ss. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche ed imputazione causale - Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma, 2015.

⁵⁶ V. n. 37.

⁵⁷ Non assumono, attualmente, rilevanza le “modalità” di trasmissione dei microorganismi patogeni: questi possono essere, anche secondo la definizione fornita dalla scienza medica, trasmessi per via diretta (allorquando i microorganismi penetrano nel soggetto recettore tramite il contatto con la sorgente ovvero mediante vie aeree) o per via indiretta (laddove la trasmissione avvenga attraverso l'utilizzo di veicoli o di vettori). Sul punto e a proposito della differenza tra la teoria della c.d. *alterità* e della *unitarietà* tra soggetto attivo e germe v. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.)*, cit., par. 2. V. inoltre: CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 68; CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, cit., par. 2.

patogeni” è in grado di abbracciare unicamente quei microorganismi patogeni che sono capaci di provocare una malattia infettiva (anche se non necessariamente contagiosa), quali batteri virus, protozoi ecc.⁵⁸.

5.2. Ciò nondimeno i problemi (anche) sull’accertamento del nesso di causalità permangono.

5.2.1. In primo luogo, occorre considerare che se è vero che si ha sostanzialmente a che fare con una patologia mono-fattoriale (che, per intenderci, potrebbe essere equiparata all’HIV⁵⁹), è al contempo vero che rimangono delle insuperabili incertezze a livello epistemologico-scientifico, avendo riguardo alle modalità di trasmissione della patologia *de qua*.

In questo senso, è stato giustamente osservato in dottrina come attualmente, già a livello scientifico, rimangano del tutto incerti e volubili i contorni di una (plausibile) spiegazione eziologica degli eventi lesivi. In particolare, i dubbi concernono – oltre che la distanza minima di sicurezza (che secondo alcuni dovrebbe essere di un metro, mentre secondo altri di due metri) e le dinamiche del passaggio, nel concreto, dell’agente patogeno (in particolare ci si chiede se lo stesso sia immediato o se, viceversa, si richieda un’esposizione più o meno prolungata) – fattori che, pur potendo sembrare marginali, sono invece nel complesso indispensabili ai fini della spiegazione degli eventi lesivi. Occorre, nello specifico, considerare la “resistenza” del virus sulle singole componenti materiali (fino a 72 ore sulla plastica; fino a 48 ore sull’acciaio; circa 24 ore sulla carta e sul rame) con conseguente capacità infettante di oggetti, anche laddove non si sia in (com-)presenza fisica; l’elenco delle superfici-ospite capaci, come tali, di “assorbire” (da intendere, ovviamente, in senso tecnico) il virus (strade? indumenti? capelli? ecc.); e infine, le tempistiche di incubazione (e quindi il periodo di “latenza” che può andare da tre a quattordici giorni)⁶⁰.

In questa direzione, si potrebbe affermare che la patologia considerata (il Covid) pur essendo mono-fattoriale quanto all’agente patogeno idoneo a cagionarla, non lo è quanto ai canali di trasmissione che, nel complesso, possono

⁵⁸ CORBETTA, *I delitti contro l’incolumità pubblica*, cit., 65.

⁵⁹ Sul tema, di enorme pregio, anche avendo riguardo alla differenza dell’accertamento del nesso di causalità in campo civile, è la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, Volpe, in *Mass. Uff.*, n. 576. Per uno studio recente in un’ottica anche comparata: PERRONE, *L’esposizione da HIV come reato di pericolo tra profili comparatistici e prospettive de iure condendo*, in www.aipdp.it.

⁶⁰ In questi termini, VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 2-3. V. inoltre: OLIVA, PASCALI, GRASSI, MARAZZA, VETRUGNO, PONZANELLI, SCAMBIA, CAUDA, BELLANTONE, CAPUTO, *La pandemia di covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, cit., par. 3; AGOSTINI, *Pandemia e “penademia”*, cit., 245. Per ulteriori riferimenti a letteratura scientifica v. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.)*, cit., spec. n. 114.

condurre ad una “*web of causation*”⁶¹ in relazione alla quale sarebbe, di fatto, attualmente impossibile discernere la causa penalmente rilevante da quella, invece, (in)influyente sul decorso causale. Il senso, allora, sarebbe quello di “pescare” da una sorta di *black box* la spiegazione più plausibile (e “giusta” un’ottica politico-criminale?)⁶² avendo riguardo ai molteplici decorsi causali che sono in grado di spiegare l’evento lesivo.

Sicché, alla mancata risposta ai quesiti poc’anzi formulati – che pur potendo sembrare secondari nella dinamica della trasmissione del virus, costituiscono al contrario dei presupposti utili al fine di escludere decorsi causali alternativi – potrebbe, in effetti, corrispondere una tacita adesione ad una *default option* di stampo precauzionale, tale per cui in caso di incertezza circa l’incidenza causale di una condotta su un evento (nel nostro caso, di comune pericolo), la stessa (condotta) si presumerà sempre essere (etiologicamente) rilevante⁶³.

Sennonché, è noto come, al fine di giungere ad una prova adeguata a fondare un rimprovero penale, occorra sempre e comunque rispettare il parametro dell’oltre il ragionevole dubbio (cd. *BARD rule*) che, sulla base dei noti insegnamenti della sentenza Franzese⁶⁴, richiede un accertamento eseguito sulla base del parametro dell’elevata probabilità/razionalità logica⁶⁵.

In questo senso (come, d’altronde, già affermato nel primo paragrafo), una spiegazione che non consideri gli aspetti poc’anzi definiti, risulterebbe, evidentemente, ultronea e foriera di intenti che si discostano del tutto dal rispetto dei (già pochi) dati scientifici di cui attualmente disponiamo; ma non solo. Costituirebbe, infatti, (e si permetta di dirlo: per l’ennesima volta)

⁶¹ VINEIS, *Modelli di rischio*, Torino, 1990. Nella letteratura penalistica cfr. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 634 ss., spec. 661 ss.; ID., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. med. leg.*, 2016, 31 ss.

⁶² Sulla dinamica del “capro espiatorio” che si potrebbe innescare avendo anche riguardo al profilo soggettivo-colposo, v. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it; BARTOLI, *Responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico amministrativi*, in *Sist. Pen.*, 2020, 85 ss.

⁶³ Questo condurrebbe, in effetti, ad una sorta (di silente e costante) applicazione della *legge di Murphy* per cui occorre sempre considerare la peggiore delle conseguenze possibili in relazione ad un determinato comportamento umano (cd. *worst case scenario*). Per una ricostruzione, dottrinale e giurisprudenziale, dei criteri della *default option* (e anche della regola del *maximin*), v. GARGANI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro l’incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, Milano, 2013, cap. 2, par. 7.1.; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 6 ss.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2002, Franzese, in *Mass. Uff.*, n. 30328.

⁶⁵ A proposito della regola dell’oltre il ragionevole dubbio, *ex multis*, PIERGALLINI, *La regola dell’oltre il ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 608 ss.

l'espressione delle ripetute "flessibilizzazioni" che le categorie classiche del diritto penale subiscono per andare in contro alla "crisi della modernità"⁶⁶.

5.2.2. D'altro canto, è pur vero che, da ultimo, vi sono state talune derive giurisprudenziali che possono dare adito a facili fraintendimenti. Ci riferiamo evidentemente a sentenze in cui, in sostanza, si è affermato che il «*contrasto di opinioni scientifiche non è di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza di una legge di copertura*»⁶⁷.

Ciò nondimeno, si tratta di conclusioni che riguardano ambiti e settori in relazione ai quali, comunque, esiste un dibattito scientifico "avanzato" in ordine

⁶⁶ Sul tema, *ex multis*: STELLA, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003; GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte ad esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. Pen.*, 2011, 397 ss. Ancora, in tema di accertamento del nesso di causalità: DONINI, *Il garantismo della c.s.q.n. e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit.

⁶⁷ Sul tema: Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2018, Chianura, in *Mass. Uff.*, n. 11451 secondo cui «*In tema di rapporto di causalità tra esposizione ad amianto e morte del lavoratore, ai fini dell'accertamento sull'esistenza di una legge scientifica di copertura relativa all'effetto acceleratore sul mesotelioma della esposizione ad amianto, anche nella fase successiva a quella dell'insorgenza della malattia, il giudice di merito, tramite una documentata analisi della letteratura scientifica in materia, con l'ausilio di esperti qualificati ed indipendenti, è tenuto a valutare l'attendibilità di una determinata teoria attraverso la rigorosa verifica di una serie di parametri oggettivi, tra cui la validità degli studi che la sorreggono, le basi fattuali su cui gli stessi sono stati condotti, l'ampiezza e la serietà della ricerca, le sue finalità, il grado di consenso che raccoglie nella comunità scientifica e l'autorevolezza e l'indipendenza di chi ha elaborato detta tesi. (In motivazione **la Corte ha affermato che il contrasto di opinioni scientifiche non è di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza di una legge di copertura ove non si verifichi il grado di indipendenza degli esperti e la validità delle argomentazioni sottese alle opinioni antagoniste**).» In generale, sull'effetto acceleratore *ex multis*: ZIRULIA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1289 ss. In particolare, l'autore fa notare come, attualmente, esista a livello giurisprudenziale un contrasto in merito alla rilevanza che assume attualmente la scienza (e di conseguenza le leggi scientifiche) sul piano dell'accertamento del nesso causale; si tratta, invero, (quantomeno ad avviso di chi scrive) di un contrasto che richiederebbe l'intervento, in un'ottica chiarificatrice, delle Sezioni Unite. Sul punto, oltre alla sentenza già citata, v. Cass. pen., Sez. IV, 30 gennaio 2020, Magliola, in *Mass. Uff.*, n. 12151 (con nota di ZIRULIA, *Mesotelioma da amianto e prova della causalità individuale: a volte è possibile*, in www.sistemapenale.it), in cui la Suprema Corte palesa «*la necessità di ricorrere ad una legge di copertura accreditata nella comunità scientifica, escludendo, peraltro, che questa possa essere rinvenuta nella c.d. teoria dell'effetto acceleratore*». In senso contrario, v. Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 2019, Spallanzani et. al., in *Mass. Uff.*, n. 45935, *l'iva* in cui si è chiarito che, ai fini del giudizio di "attendibilità", non è necessario che la legge scientifica sia accreditata presso la comunità scientifica internazionale, potendo al contrario anche trattarsi di una teoria esplicativa nuova o comunque originale; il tutto a condizione, che «*ciascuna delle assunzioni a base della teoria [...] sia verificabile e verificata secondo gli ordinari indici di controllo della attendibilità scientifica di essa e dell'affidabilità dell'esperto*». In generale, quanto alla rilevanza delle leggi scientifiche sul piano dell'accertamento causale, si permetta un rinvio a CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1087 ss.*

all'eziologia di determinati eventi lesivi. Nei casi *de quibus*, in altre parole (e volendo usare quelle di un illustre penalista), il giudice riesce ancora ad assumere, in un certo qual modo, le vesti di “consumatore” e non di mero “creatore” delle leggi scientifiche prese come punto di riferimento⁶⁸.

Sicché, la posizione assunta sul piano concreto dall'organo giudicante potrebbe risultare ancora aderente ai principi generali predisposti in tema di accertamento del nesso di causalità, nella misura in cui lo stesso abbia deciso di aderire ad una tesi piuttosto che ad un'altra “*motivando adeguatamente e logicamente*” il proprio convincimento⁶⁹, avendo pur sempre riguardo al canone probatorio dell'oltre il ragionevole dubbio in combinato disposto con l'esclusione dei decorsi causali alternativi⁷⁰.

5.2.3. A ciò si potrebbe, peraltro, opporre il dato (già evidenziato) che trattandosi di un reato contro la salute pubblica non rileva il profilo (dell'accertamento) della causalità individuale. Sicché, per accertare l'evento di pericolo a dimensione collettiva si renderebbe sufficiente l'impiego di criteri epidemiologici di accertamento⁷¹.

Ma, anche in questo caso, si tratta di un argomento fallace per due sostanziali motivi.

⁶⁸ Sul tema, *ex multis*: STELLA, *Giustizia e Modernità*, cit. *passim*. Id., *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Milano, 2005.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2019, Tupini et al., in *Mass. Uff.*, n. 25532: «Non è sindacabile, nel giudizio di legittimità, la valutazione del giudice di merito che, dopo aver dato atto del contrasto esistente nella comunità scientifica sull'esistenza di un effetto acceleratore delle esposizioni all'amianto successive all'iniziazione del processo carcinogenetico (mesotelioma), abbia aderito alla tesi che ritiene esistente questo effetto motivando adeguatamente e logicamente questo convincimento». D'altro canto, Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2020, in *Mass. Uff.*, n. 12026 chiarisce che il giudice non può costituirsi come *peritus peritorum* disattendendo i risultati di una perizia solo sulla base della propria scienza personale, fondata su incerti e generici elementi non specialistici.

⁷⁰ Sulla rilevanza della “prova per esclusione” al netto della presenza di leggi scientifiche che si ritengano unanimemente condivise, si segnala, nuovamente: Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2020, Magliola, in *Mass. Uff.*, n. 12151. Tale sentenza è, in effetti, importante in quanto palesa l'influenza che l'incertezza scientifica esercita, non solo a livello penale sostanziale, ma anche processuale, in relazione all'applicazione dell'art. 512 c.p.p. In generale, oltre alle opere già citate, sulla rilevanza della prova per esclusione, si rinvia a CARRIERO, *Cause spurie e prova per esclusione. Per un meta-linguaggio comune a scienza e diritto*, in *Cass. Pen.*, 2018, 3942.

⁷¹ In questo senso v. DONINI, *Modelli di illecito penale minore.*, cit., 225 ss. «nel momento (stesso) in cui si vuole dare concretezza al pericolo, attraverso l'individuazione di qualche soggetto passivo, si rischia un abbandono della stessa categoria del pericolo comune, verso figure ibride, che non tutelano più solo beni individuali, né in modo chiaro, beni collettivi». E ancora, avendo in realtà riguardo all'esperienza tedesca: «I reati di pericolo comune esigerebbero natura sui la non identificazione di vittime individuali e dunque imporrebbero una tutela di pericolo necessariamente “astratto” (...) i reati in questione non sarebbero più di pericolo comune, ma delitti generali di pericolo (concreto) (...) la classe dei reati di comune pericolo si sarebbe trasformata, in varie ipotesi, in una classe di delitti di pericolo individuale plurimo e non più comune» (grassetto e parentesi aggiunte).

In primo luogo, come si è già affermato nell'ambito del par. 4, occorre considerare come il delitto *de quo* costituisca, in effetti, un reato a portata preventiva relativa alle sole "infezioni secondarie", dal momento che la prova dell'epidemia passa comunque attraverso la prova dell'evento (di epidemia) cagionato nei riguardi numero indeterminato di soggetti.

Si potrebbe, pertanto, definire come una sorta di delitto con natura "incipiente" e "polivalente" in quanto il segmento di disvalore del (comune) pericolo dipende, comunque, dall'evento epidemico effettivamente cagionato nei riguardi di un numero incerto e indeterminato di vittime primarie.

Sicché, pur essendo vero che se non c'è pericolo comune di (ulteriore) diffusione della malattia non c'è reato; è altrettanto vero che senza la prova del primo segmento, il reato comunque non si configura. Detto in altri termini: anche se è vero che una volta che si interviene individuando, nel concreto, qualche soggetto passivo del reato, automaticamente si giunge ad abbandonare la logica preventiva che dovrebbe, in generale, connotare la categoria dei reati di "comune pericolo"⁷²; allo stesso tempo, si rende comunque necessaria una prova concreta circa lo sviluppo etiologico dell'epidemia in relazione ad un gruppo non ben identificati/identificabili di soggetti. Il tutto data la pregnanza contenutistico-offensiva del delitto considerato, e data (soprattutto) anche l'anarchia che attualmente governa il campo scientifico-epistemologico. Il problema, pertanto, potrebbe riguardare non solo le cd. "afezioni secondarie" - rispetto alle quali, secondo alcuni, il pericolo di ulteriore diffusione della malattia è "quasi *in re ipsa*", considerando la capacità particolarmente infettiva del virus considerato⁷³ - quanto (e soprattutto) le "afezioni primarie".

Il moltiplicatore del pericolo di diffusione della malattia - che dovrebbe essere innescato dalla condotta del soggetto X che viola la misura di quarantena -

⁷² Così DONINI, *Modelli di illecito penale minore.*, cit. Sul punto, peraltro, CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 8 fa notare che «Anche i reati di pericolo presunto o astratto conservano una base etiologica che, benché potenziale, è pur sempre nomologicamente fondata (o fondata su regole di esperienza, sull' *id quod plerumque accidit*, etc.)». A fortiori, si rende sempre necessario fondare l'accertamento del pericolo comune su base causale.

⁷³ VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 5. Si tratta, peraltro, di un pensiero non del tutto unanime se si considera la dimensione strutturale della condotta realizzata. Sul punto, DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realtà'*, cit., par. 3: «il richiamo espresso alla 'diffusione' del fattore patogeno (...) sembra dover inerire, ancor prima, alla stessa dimensione strutturale della condotta "mediante" la quale si viene a cagionare il fenomeno epidemico; (...) giurisprudenza, (...) fa leva sul carattere 'contestuale' e 'cronologicamente circoscritto' della manifestazione del fenomeno suscettibile di interessare l'integrazione della fattispecie. (...) Nel caso del contagio di un virus da persona a persona, ciò che viene a mancare sembra essere, viceversa, proprio il carattere sincronico ed allo stesso tempo necessariamente 'massivo' della dimensione fenomenica propria della condotta - di 'diffusione', per l'appunto - avente ad oggetto le sostanze patogenes».

si innesca, infatti, a condizione che i “primi” soggetti recettori (Y_1, Y_2, Y_3) abbiano, oltre ogni ragionevole dubbio, contratto la patologia in virtù della condotta inosservante dello stesso soggetto X. Sicché, al fine di provare, il “comune” pericolo di (ulteriore) diffusione della malattia ai potenziali “secondi” soggetti recettori (T_1, T_2, T_3) occorre comunque escludere che, in relazione alla classe di riferimento Y_1, Y_2, Y_3 , siano intervenuti ulteriori fattori in grado di sottrarre esclusiva rilevanza causale alla condotta inosservante di X (questo, almeno secondo la logica dell’art. 41 c.p.)⁷⁴.

In secondo luogo, quanto all’utilizzo in sé dello strumento dell’accertamento alternativo della vittima, si tratta, di un espediente certamente utile (e per taluni versi anche sufficiente) laddove si abbia a che fare con reati di “comune pericolo” contro l’incolumità pubblica, in relazione ai quali risulterebbe, in effetti, soddisfacente il ricorso all’epidemiologia.

Ciò nondimeno, nei casi considerati permangono comunque problemi se si considerano le modalità di attuazione degli studi epidemiologici e in particolare le “coorti” che dovrebbero essere prese come punto di riferimento. Si tratterebbe, infatti, di realizzare degli studi avendo riguardo a popolazioni in cui però, non si potrebbe escludere, già *a priori* e con ragionevole certezza, la previa presenza di ulteriori fattori (con-)causali determinanti rispetto alla contrazione della patologia.

In questo senso, il rischio che si corre è che i risultati ottenuti possano, invece, rappresentare il frutto di indebite manipolazioni e/o contaminazioni, data la pervasiva ingerenza dei fattori di confondimento.

Sul punto si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti potenziali fattori di confondimento che possono subentrare nell’ambito di uno studio epidemiologico falsando i dati a disposizione:

- Colui che presenta sintomi, ma che non ha fatto il tampone in quanto non prescritto dal medico: una volta terminata la febbre, il soggetto *de quo*, potrebbe tranquillamente recarsi a lavoro, pur essendo ancora infettivo.
- Il soggetto che è entrato in contatto con contagiati e che si trova in “fase di incubazione” pur non sapendolo: tale soggetto è infettivo? Che carica virale presenta?
- Il falso negativo al sierologico che non fa il tampone. In questo senso, sa-

⁷⁴ Si ripropone, in questo senso, la metafora del codice binario-codice decimale! Si badi bene però, che rimane comunque fermo il punto per cui, essendo un reato di comune pericolo, la concreta identità e l’accertamento causale della singola patologia rimane un *quid pluris* non richiesto dal tipo. Sul punto v. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 5; DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un’indagine nel segno del ‘principio di realtà’*, cit., par. 3.

rebbe opportuno chiedersi che tipo di regola sia quella che prescrive il compito di fare comunque un tampone nonostante l'esito negativo del sierologico: è una regola precauzionale? Cautelare? È in grado di fondare un addebito colposo?

- Il falso negativo al tampone. Anche in questo caso si potrebbe addebitare un qualche tipo di colpa (secondo la logica del “*senno di poi*”) nei riguardi del soggetto che, malgrado presenti tutti i sintomi del Covid, si limiti a effettuare un unico tampone che risulta, tuttavia, negativo?
- Il guarito con rischio di recidiva. In particolare, secondo il Consiglio Superiore di Sanità per essere “definitivamente guariti” dall’infezione da Covid è necessario che due tamponi successivi, fatti al soggetto a distanza di almeno 24 ore, diano due esiti negativi. Si tratta, pertanto di soggetti che non sono più, come tali, contagiosi. D’altro canto, vi sono, invece, i cd. “guariti clinici”, ovvero soggetti che, pur essendo affetti dal Covid, decorso un certo lasso di tempo non manifestano più i sintomi, pur essendo ancora contagiosi⁷⁵. In riferimento ad entrambe le ipotesi, occorre tuttavia stabilire quale sia, in concreto, il rischio di (eventuale) recidiva da prevenire.
- L’asintomatico.
- Il soggetto con una bassa carica virale (che è un concetto da tenere ben distinto da quello dell’asintomatico). In generale, con carica virale si fa riferimento «*al numero delle copie di materiale genetico del coronavirus presenti in un millilitro di materiale biologico prelevato con il tampone*». Di solito, «*la contagiosità è direttamente proporzionale alla carica virale: più alta è la carica virale misurata in un tampone, più il soggetto può diffondere in modo “efficiente” il virus*». Nondimeno, è opportuno chiarire che ad un soggetto con una carica virale alta non corrisponde necessariamente un soggetto con una maggiore pericolosità della malattia: «*I super-diffusori, infatti, sono i ragazzi o le persone che hanno alta carica virale, ma sono asintomatici. Sicuramente nel paziente fragile la carica virale alta può avere come esito complicanze gravi*»⁷⁶.
- Condizioni pregresse (ipertensione, diabete di tipo 2, malattie croniche dei polmoni o del fegato) tali da rendere taluni soggetti maggiormente in pericolo (a causa della) /di contrazione del Covid rispetto ad altri.

Ebbene, si tratta di dati che devono essere necessariamente considerati per

⁷⁵ VITALE, *Epidemia colposa da Covid-19. La problematica relativa alla sussistenza dell’elemento soggettivo*, in *Diritto e Covid-19*, a cura di Santise, Chiesi, Torino, 2020, 323 ss., spec. 335.

⁷⁶ Sul punto, v. l’intervista a Paolo Bonanni (epidemiologo e professore ordinario di Igiene all’Università di Firenze) disponibile al presente sito: https://www.corriere.it/salute/malattie_infettive/20_ottobre_23/coronavirus-carica-virale-alta-numero-rivela-quanto-si-contagiosi-70704082-0407-11eb-84c6-5a6c097a97a1.shtml.

verificare la fondatezza di uno studio di natura epidemiologica. Il tutto a maggior ragione se si considera che si dovrebbe ricorrere (quasi sempre) a studi epidemiologici di natura retrospettiva-osservazionale, in relazione ai quali risulta, almeno attualmente, piuttosto complicato avere dati completi, esaustivi e appunto non inficiati da fattori di confondimento⁷⁷.

In questo senso come si fa a stabilire, oltre ogni ragionevole dubbio, che il tot% della malattia in più sia da ricondurre ad una condotta inosservante di X se: a) la percentuale di riferimento dei “controlli” non è certa? b) vi possono essere ulteriori fattori (con-)causali non considerati in relazione ai “casi” presi come punto di riferimento?

A ciò, peraltro, occorre aggiungere il dato, non certo secondario, che attiene proprio al profilo “quantitativo” del delitto di epidemia. Si è visto, infatti, che ai fini della sua configurazione è necessario che sia “*colpita una comunità abbastanza numerosa da meritare il nome di popolazione*”. Tale definizione, di fatto, esclude che possa, nel concreto, configurarsi il reato *de quo* avendo riguardo a *cluster* epidemici di ridotte dimensioni, in cui il campione di riferimento è, già sul piano del fatto tipico ed epidemiologico, di per sé insufficiente⁷⁸.

⁷⁷ Sul tema, si condivide, in effetti, il pensiero di DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., par. 3, laddove afferma che «*sospetto che non funzionerebbe neppure il modello Maserà-Zirulia, che propone una valorizzazione delle indagini epidemiologiche (...). L'infezione sul lavoro di cui si discute in sede penale dovrebbe infatti avere caratteristiche quantitative, in termini di estensione, tali da rendere significativa la coorte oggetto di studio. Inoltre, occorrendo confrontare tali dati con quelli epidemiologici “di controllo”, un altro ostacolo potrebbe essere rappresentato dalla parzialità di questi ultimi (legata al fatto che, soprattutto nelle prime fasi, i “tamponi” sono stati eseguiti in modo non sistematico, esclusivamente su soggetti sintomatici ecc.)*». Si rinvia, inoltre, a BATTARINO, NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, cit., spec. par. 3.1, laddove si afferma che: «*Si pone infatti il problema di come strutturare l'indagine epidemiologica - valorizzare il tasso dei contagi o quello di mortalità? Confrontare il tasso di mortalità riscontrato nella condizione epidemica con quello degli anni precedenti? Quante annualità è necessario considerare per limitare i fattori di confondimento? Quali campioni di popolazione valorizzare nell'indagine (regionali, provinciali, comunali)? Ma anche: per valutare la sussistenza del reato in situazioni più circoscritte (come, ad esempio, una Rsa) occorrerà considerare la popolazione dei soggetti dimoranti nella struttura e porla a raffronto con la popolazione generale della zona? E la popolazione dimorante in altre Rsa?».*

⁷⁸ In questo senso, si pensi (ancora) ai focolai che si possono avere in ambienti lavorativi o anche medico-ospedalieri. Sul punto, oltre alle già citate opere, quanto alla sicurezza sul lavoro, v. GUARINIELLO, *Il Covid-19 tra TU sicurezza, codice penale e giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2020; ID., *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Milano, 2020; MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in www.sistemapenale.it, spec. 6 ss.; BARTOLI, *Responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, cit.; CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in www.sistemapenale.it; ID., *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it.

5.2.4. D'altro canto, taluni in dottrina hanno prospettato l'idea di utilizzare delle tecniche di *contact tracing* (tracciamento tramite telefoni, social, droni ecc.) al fine di rendere effettivo e corposo il dato epidemiologico di riferimento. In questo senso, è evidente che «*la ricostruzione dell'esatta catena di trasmissione del virus potrà essere tanto più complessa quanto sarà più estesa e ramificata la rete dei contatti, anche per la necessità di escludere - con alta probabilità logica - che il contagiato abbia contratto in altro modo il CO.VI.D.-19, la cui natura ubiquitaria è ormai assodata*»⁷⁹.

Purtuttavia, si tratta di tecniche che, pur potendo essere utili ai fini dell'accertamento di un'eventuale responsabilità penale di un soggetto, possono comunque condurre (*recte*: conducono) a delle ingenti e indebite compromissioni sulla (sfera della) libertà e riservatezza personale; limitazioni e compromissioni che dovranno poi essere giustificate, in un'ottica di bilanciamento di interessi.

Il tutto a maggior ragione se si considera - quanto al regime di utilizzabilità dei risultati ottenuti con le videoriprese in ambito processuale - l'orientamento giurisprudenziale secondo cui occorre differenziare a seconda che le video registrazioni vengano effettuate in luoghi pubblici o in prossimità del domicilio⁸⁰.

⁷⁹ AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, cit., par. 5 il quale, peraltro, evidenzia che «*oltre agli ordinari mezzi di prova (su tutti, le testimonianze dei contagiati), pare sostenibile che laddove siano stati stilati documenti all'esito delle "interviste" epidemiologiche eseguite per tracciare i contatti tra il soggetto infetto da CO.VI.D.-19 e i terzi (...) questi scritti (cartacei o digitali) possano ricondursi all'ambito applicativo dell'articolo 234 del codice di procedura penale, perché evidentemente formati fuori dal procedimento penale e prima che lo stesso si instaurasse*».

⁸⁰ Secondo, infatti, le Sezioni Unite, quando l'immagine o il video da acquisire è il frutto di una ripresa della polizia giudiziaria «*le riprese visive rappresenterebbero piuttosto una prova atipica (art. 189 c.p.), da acquisire con modalità che non si pongano in conflitto con norme di legge e, qualora venissero effettuate (per fini di interesse pubblico quali quelli della prevenzione e repressione di reati) in un luogo pubblico o aperto al pubblico, non incontrerebbero alcun limite, perché la natura del luogo in cui si svolge la condotta implicherebbe una implicita rinunzia alla riservatezza*». Nondimeno, «*a differenza delle riprese visive in luoghi pubblici, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare, siccome acquisite in violazione dell'art. 14 cost. (Corte costituzionale, sent. n. 135/2002), sono illegittime e processualmente inutilizzabili, né esse possono essere a tal fine qualificate come prova atipica ex art. 189 c.p.p., perché tale categoria presuppone comunque la formazione lecita della prova come necessaria condizione della sua ammissibilità*». In questi termini, FARDO, *Utilizzo dei droni nel contrasto al Covid-19. Il complesso bilanciamento tra la salute pubblica e la riservatezza personale*, in www.giurisprudenzapenale.com, che a sua volta cita Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Mass. Uff.*, n. 26795 (da ultimo ripresa anche da: Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 2019, Blasi, in *Mass. Uff.*, n. 9396). Sul tema v. anche: DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2006, 3950. In senso parzialmente contrario v. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*,

5.2.4. Per concludere un'ultima osservazione che, in effetti, più che il delitto di epidemia, concerne più correttamente (la possibilità di configurare) i reati contro l'incolumità individuale.

Occorre, infatti, sottolineare che l'unico strumento, che in effetti potrebbe essere attualmente utile al fine di stabilire se il decesso di un numero più o meno (in)determinato di soggetti possa o meno essere ricondotto alla contrazione del virus, risulta al giorno d'oggi difficilmente praticabile: l'autopsia. Si tratta, nel dettaglio, di uno strumento praticamente «*insostituibile per determinare se un'infezione costituisca la causa del decesso o se vi siano decorsi causali alternativi*»⁸¹; ma che, considerando il periodo in cui viviamo, potrebbe comunque condurre a dei rischi non meglio identificati e definiti per la salute⁸².

6. Conclusioni in prospettiva *de iure condendo*.

6.1. Giunti a questo punto è opportuno tentare un bilancio.

Molteplici sono le aporie che riguardano il delitto di epidemia avendo riguardo sia alla definizione dell'offesa in rapporto all'interesse categoriale protetto, sia al piano dell'accertamento del nesso di causalità⁸³.

Non è un caso, d'altronde, che siano davvero rare le sentenze in cui i giudici accertano la presenza di un evento di pericolo epidemico; nella maggior parte delle volte, infatti, si giunge a giudizi di proscioglimento per insussistenza del fatto tipico.

D'altro canto, anche sul piano dell'accertamento dell'elemento soggettivo colposo permangono delle questioni irrisolte. In questo senso, senza entrare troppo nel merito della questione (che, in effetti, esulerebbe dal campo che si è prescelto di indagare) solo pochi *input*: come si può ipotizzare di configurare un addebito colposo nei riguardi di soggetti avendo riguardo ad eventi che sono imprevedibili, quanto agli effetti, già a livello scientifico? Si riuscirà, con

cit.

⁸¹ OLIVA, PASCALI, GRASSI, MARAZZA, VETRUGNO, PONZANELLI, SCAMBIA, CAUDA, R. BELLANTONE, M. CAPUTO, *La pandemia di covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, cit., par. 3.

⁸² Non sono, d'altronde, ad oggi, mancati casi di rigetto di esecuzione di incidenti probatori proprio per i possibili rischi per la salute che un eventuale disseppellimento di salme potrebbe produrre. Sul punto, www.reggionline.com/covid19-morti-sospette-nella-casa-di-riposo-montecchio-salme-non-saranno-riesumate.

⁸³ Non si sono volutamente trattate le questioni attinenti alla possibilità di configurare o meno l'epidemia in forma omissiva-colposa. Sul tema si rinvia, in termini generali, a CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 79. Per un'analisi della giurisprudenza più recente v. PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, cit.

il senno di poi, a rimanere nell'alveo dell'effettivamente preventivabile ed evitabile, senza peraltro cadere nella logica precauzionale? D'altro canto, le difficoltà si potrebbero accentuare se si considerano, non solo le patologie di "affezione primaria" (che dovrebbero essere quelle maggiormente coperte dallo scudo dell'evitabilità), ma anche quelle di "affezione secondaria": fino a che punto le regole cautelari (avendo peraltro riguardo al campo medico, lavorativo ecc.) attualmente adottate sono in grado di "coprire" anche quest'ultime?

Si tratta di domande che rimarranno, comunque, senza risposta.

6.2. Ciò che, invece, preme sottolineare è che le conclusioni a cui si è giunti quanto all'adeguatezza (e proporzione) funzionale del diritto di epidemia in relazione al Covid rappresentano, invero, degli esiti non così inconsueti⁸⁴.

Già da tempo, infatti, parte della dottrina⁸⁵ avverte la necessità di un "rinnovamento" in relazione a taluni reati considerando, da un lato, la scarsa efficacia preventiva (e forse anche dissuasiva) che gli stessi presentano; e dall'altro, proprio il "*gigantismo del bene giuridico*" coinvolto che, di per sé, è tale da condurre all'integrazione delle fattispecie *de quibus* a condizione che gli eventi verificatisi riescano a coprire, per intero, il perimetro contenutistico dell'ideal fatto-tipico offensivo⁸⁶.

D'altronde, fattispecie come quella dell'epidemia, prescindendo dalla dimensione *personale* della tutela della vita e della salute, si proiettano verso una salvaguardia di portata collettiva che, in quanto tale, richiede una sanzione di scala proporzionata all'offesa. In questa direzione, l'esperienza dell'emergenza che stiamo vivendo, conferma la (inevitabile) tendenza di sovraccaricare indebitamente di funzioni repressive fattispecie delittuose che, essendo state pensate in un'ottica superindividuale e collettiva, presentano una carica offensiva che è tale da rendere poi, nel nostro caso, inadeguata e sproporzionata la sanzione rispetto alle concrete dinamiche del contagio che

⁸⁴ In senso difforme, in ordine alla possibilità di configurare (e aggiornare il concetto di) l'epidemia quella naturalistica, v. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.)*, cit., *passim*.

⁸⁵ In questo senso, per maggiori approfondimenti circa la proposta formulata dalla dottrina, v. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit.; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale*, cit. Si veda, da ultimo, CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., il quale formula la seguente domanda: «*si poteva immaginare un delitto di nuovo conio (una fattispecie di contagio), incentrato su un evento contagio qualificato dal pericolo di ulteriore diffusione?*».

⁸⁶ Sul punto sono, in effetti, esplicative le parole di DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit., 73 «*Il facile destino dell'evento di pericolo concreto è o quello di risultare inutile, perché si punisce il fatto che lo produce solo quando c'è stato anche il danno finale che avrebbe dovuto essere impedito; oppure è quello di risultare indeterminato, perché se non è così concreto e neppure può attestarsi sui livelli di astrazione troppo formalizzati, presenta uno spazio applicativo grigio, un margine incerto*».

attualmente si stanno verificando.

6.3. In questo senso – senza entrare troppo nel merito della proposta e rinviando per questo agli opportuni lavori già citati – si tratterebbe in un’ottica generale di verificare, *de iure condendo*, l’opportunità politico-criminale di introdurre figure criminose-intermedie, maggiormente aderenti e incentrate sul pericolo incombente sull’incolumità fisica e/o salute del singolo individuo. A fronte di inammissibili semplificazioni probatorie – che di fatto conducono il concetto di causalità nell’alveo di un qualche pericolo (o, peggio ancora, di un rischio) corso da un soggetto (potenziale) recettore, per il solo fatto di essere entrato “in contatto” con un soggetto (potenziale) untore – o ad applicazioni analogiche delle fattispecie incriminatrici di cui attualmente disponiamo, si potrebbe, in altre parole, (ri-)pensare all’introduzione di fattispecie che tutelino “beni giuridici intermedi”.

Si fa, in particolare, riferimento «*a fattispecie criminose che siano in grado di intercettare sia talune forme di offesa alla persona (nel contesto delle fattispecie di lesioni personali e omicidio), sia talune e peculiari ipotesi di pericolo comune, inidonee a integrare gli estremi di un pericolo collettivo incombente su una pluralità indeterminata di consociati*»⁸⁷.

Si tratterebbe, pertanto, di realizzare un riposizionamento del disvalore sulla messa in pericolo dell’incolumità fisica individuale (e non più solo collettiva) al fine proprio di rispondere ad istanze di anticipazione della tutela di beni fondamentali dell’individuo; individuo che, pertanto, a seconda dei casi, potrebbe essere inteso quale singolo (pericolo individuale) o quale esponente di una più o meno determinata collettività (pericolo comune).

L’intento è, quindi, quello di realizzare un autentico *discrimen*, già sul piano del fatto tipico-offensivo, tra forme di pericolo collettivo emancipate dal singolo (come tali realmente indirizzate verso la salute pubblica); e forme di pericolo che, viceversa, sono maggiormente orientate verso l’individuo.

In questa maniera, in effetti, il delitto di epidemia riuscirebbe finalmente a riprendere le sembianze di un reato di comune pericolo. Ma non solo.

Si riuscirebbe, per altri versi, a far fronte ad (ulteriori) forme di ipersemplificazione probatoria attualmente presenti in diversi campi e settori. Si pensi, ad esempio, al problematico settore delle malattie professionali da “esposizioni”⁸⁸, o anche alle difficoltà applicative delle fattispecie di omicidio o di lesioni personali nei casi di contagio da virus (HIV). In ogni caso, si tratta di ambiti e

⁸⁷ GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale*, cit., 2.

⁸⁸ Sul tema le questioni riguardano, peraltro, la (corretta?) applicazione analogica-estensiva dell’art. 437 c.p.

settori in cui, di fatto, si assiste ad un appiattimento di forme di responsabilità per evento su (pseudo)forme di responsabilità per le quali basterebbe l'accertamento di un qualche pericolo e/o rischio corso al fine di fondare un rimprovero penale.

Il percorso sembrerebbe essere già segnato. Non resta, dunque, che incamminarci.