

LA MORFOLOGIA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DATORIALE PER L'INFEZIONE DA COVID-19 (*)

di Maria Federica Carriero

(Assegnista di ricerca, Università "La Sapienza" di Roma)

Sommario: 1. Premessa. 2. Il ruolo dei c.d. protocolli anti-contagio: un (momentaneo) abbandono del modello di cogestione del (la valutazione) rischio a fronte dell'incertezza scientifica? 3. La colpa datoriale per il contagio da Covid-19. 4. Problemi pratico-operativi: dalle linee guida quale strumento prescelto per fronteggiare la pandemia (...) 5. (segue) ...ad un (in)eliminabile residuo di "colpa generica" (?) 6. Le (insanabili) aporie sul piano dell'accertamento del nesso causale. Cenni.

1. La progressiva diffusione del virus Sars-CoV-2 ha inciso non solo sulla quotidianità dei cittadini di tutto il mondo, ma anche sull'organizzazione dell'impresa e del lavoro¹.

In particolare, è noto che tra le varie disposizioni emergenziali è emersa, all'interno del d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia", convertito nella l. 24.4.2020 n. 27), una norma (l'art. 42 co. 2) con cui si sono assimilati, invero a fini meramente assicurativi, i casi accertati di "infezione da coronavirus in occasione di lavoro" ai casi di "infortunio sul lavoro". Tale esplicita omologazione ha scatenato un generale allarmismo nel mondo datoriale che si è tradotto nel timore di una facile equazione tra "malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro"². Questa avrebbe senz'altro condotto a scenari responsabilizzanti e poco garantistici, lasciando esigue possibilità di difendersi ai datori di lavoro a livello giudiziario³. Il tutto

(*) Il presente scritto si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca "Covid-19, Sicurezza sul lavoro e Responsabilità. Monitoraggio e implementazione di "protocolli integrati anti-contagio" nella provincia di Modena ("Protocovid") realizzato presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ In generale, sul tema della sicurezza sul lavoro v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2021; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020. Con riferimenti alle giurisprudenze più rilevanti in materia v. *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza. (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, Bologna 2015.

² C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19: un reale. Ridimensionamento della colpa penale?*, in www.sistemapenale.it 15.6.2020. Invero, D. Amato, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in www.giurisprudenzapenale.com 5.6.2020, fa notare che «il fatto che un lavoratore si ammali di Covid-19, nello svolgimento delle proprie mansioni professionali, può dare luogo a un'incriminazione per omicidio o lesioni (a seconda che la malattia abbia un esito letale o meno), verosimilmente in forma colposa con l'aggravante della violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. L'imputazione di tale evento, tuttavia, non dipende certo dall'art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020, bensì dalle ordinarie regole che disciplinano la materia penale». Si tratta di un'osservazione senz'altro vera; ciò nondimeno, i timori (invero infondati) che si erano sollevati a livello imprenditoriale riguardavano la possibilità di dar luogo, alla luce dell'art. 42 co. 2, ad una presunzione legale secondo cui al verificarsi di una malattia infortunio si sarebbe sempre avuta una responsabilità penale del datore di lavoro.

³ Un'esperienza molto simile alla nostra si è vissuta in Spagna con l'introduzione dell'art. 5 art. RDL 6/2020 del 10 marzo che dispone «*al objeto de proteger la salud pública, se considerará, con carácter excepcional, situación*

considerando tanto le peculiarità del c.d. “rischio di infezione da Covid-19” (si tratta, infatti, di un rischio “esogeno”, di cui sia il datore di lavoro che gli altri garanti della sicurezza avevano – e hanno tutt’ora – conoscenze scientifiche ridotte), quanto le caratteristiche del virus che oltre ad essere “ubiquitario”, è anche “silente”⁴.

Tali timori non si sono attenuati neppure quando è intervenuta l’Inail con la circolare 20.5.2020, n. 22, specificando che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all’articolo 1, co. 14 del decreto legge 16.5.2020, n. 33 [...] [sicché] il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell’Istituto non può assumere rilievo per sostenere l’accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell’onere della prova a carico del pubblico ministero». Tale circolare serviva, evidentemente, proprio al fine di scongiurare qualsivoglia automatica riconduzione dell’infezione da Covid-19 al concetto di malattia-infortunio penalmente rilevante, tanto sotto il profilo della responsabilità degli enti (d.lgs. 8.6.2001 n. 231), quanto (e soprattutto) sotto quello della responsabilità del datore di lavoro (artt. 452, 589, 590 Cp)⁵.

Neppure l’intervento dell’Inail è però, bastato.

A fronte, pertanto, delle sempre più pressanti richieste provenienti dal mondo imprenditoriale di un’azione chiarificatrice a livello legislativo che fosse in grado di scongiurare i dubbi e le incertezze sul tema della responsabilità penale, si è giunti all’emendamento del d.l. 8.4.2020 n. 23, con conseguente introduzione dell’art. 29-bis⁶.

asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19». Al netto dell’imprecisione della disposizione (in cui se si parla di virus Covid-19 quando invece, se davvero di virus si voleva parlare, si sarebbe dovuto utilizzare la formula “virus Sars-CoV-2”) ciò che a noi interessa sottolineare è il fatto che anche qui si è, nella sostanza, assimilato a fini assicurativi, “*aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19*” al “*accidente de trabajo*” solo in relazione alla “*prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social*”. Per una disamina cfr. V. Rodríguez Vázquez, *La protección penal de la vida, salud e integridad física de los trabajadores ante el sars-cov-2 y la pandemia de covid-19*, in *Estudios penales y Criminológicos* 2021, 415 ss.

⁴ O. Di Giovine, *Ancora sull’infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in www.lalegislazionepenale.eu 27.1.2021, 5; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 387 ss. In generale v. anche D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in www.lalegislazionepenale.eu 10.5.2020, 1 ss. Quanto alla contrapposizione tra principio di “precauzione” e principio di “prevenzione” e ai risvolti sul piano politico e penale dell’incertezza scientifica, v. D. Castronuovo, *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso ogm*, in *RTrimDPenEc* 2013, 393 ss.; Id., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, 25.

⁵ Sul datore di lavoro, in generale, anche nella prospettiva della responsabilità dell’ente collettivo, V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus*, in www.penalecontemporaneo.it 26.6.2020; C. C. Corsaro, M. Zambrini, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, in www.giurisprudenzapenale.com 26.3.2020.

⁶ Per una ricostruzione più dettagliata dei vari passaggi v. S. Dovero, *Le misure anti-Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI)* 2020, 1. In generale sull’intervento additivo in esame: V. Mongillo, *op. cit.*, 28 ss.; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19*, cit.; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*,

Si tratta, invero, di una disposizione (che alcuni hanno definito come “una norma scudo”⁷) che, ha fin da subito, destato l’interesse della dottrina soprattutto nella parte in cui equipara l’adempimento degli obblighi di cui all’art. 2087 Cc all’applicazione, da parte dei datori di lavoro pubblici e privati, delle prescrizioni contenute nei protocolli condivisi.

Le domande che, in particolare, si sono poste sono state le seguenti: che valore assume tale disposizione? Come devono essere intesi i c.d. protocolli anti-contagio? Il datore di lavoro può derogare e/o integrare le disposizioni protocollari anti-contagio o è del tutto vincolato a quanto previsto all’interno di tali testi? È sufficiente l’applicazione di tali protocolli per scongiurare qualsivoglia responsabilità penale del datore di lavoro? O possono comunque residuare dei profili responsabilizzanti di “colpa generica”? E ancora: che valore assumono i protocolli sul piano dell’accertamento della causalità? È sufficiente provare il fatto che il datore di lavoro non ha rispettato le disposizioni anti-contagio per ritenere provato un nesso di causalità tra l’evento (malattia-infortunio) e la condotta del “primo garante” della sicurezza? O serve un *quid pluris* che sia in grado di corroborare, sul piano concreto, l’ipotesi secondo cui la condotta del datore di lavoro sia stata una condizione *sine qua* l’evento non si sarebbe verificato⁸?

Questi sono solo alcuni dei quesiti posti dalla dottrina a cui si cercherà di rispondere nel corso del seguente scritto.

2. Dalla situazione poc’anzi descritta e soprattutto alla luce di quanto previsto nell’ambito dell’art. 29-*bis* si evince come abbiano assunto (e assumono, invero, ancora oggi) un ruolo chiave i c.d. protocolli anti-contagio⁹. Si tratta, in particolare, di prodotti

in www.sistemapenale.it 22.6.2020; D. Amato, *op. cit.*, 6.

⁷ *Contra*: C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19*, cit.; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 385 ss.

⁸ In un’ottica più generale, sul tema del rapporto di causalità v. il recente contributo di S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in www.sistemapenale.it 20.4.2022, par. 3.

⁹ Vanno segnalati il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14.3.2020, poi integrato-rivisto con protocollo del 24.4.2020, nonché il Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Sars-CoV-2/Covid-19 negli ambienti di lavoro del 6.4.2021. Si considerino anche il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri del 24.4.2020 e il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica del 20.3.2020. Peraltro, è da ultimo intervenuta Confindustria specificando nel 18.3.2022 quanto segue: «Anche nel nuovo impianto, i Protocolli di sicurezza anti-contagio continuano a costituire il riferimento per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e produttive. Al contempo, non è ancora chiarito in modo inequivoco se la loro applicazione resterà prescritta dalla legge come condizione per lo svolgimento dell’attività di impresa oppure no. In ogni caso, considerato anche che i dati epidemiologici confermano che il rischio da contagio da COVID-19 non è ancora venuto meno (nemmeno per le fasce di popolazione protette dalla vaccinazione), la nostra indicazione è di continuare ad applicare i Protocolli, quali strumenti per assicurare la protezione dell’attività imprenditoriale e dei lavoratori. Ciò anche ai fini dell’art. 29-*bis* del DL n. 23/2020. Come noto, tale norma prevede la presunzione di pieno adempimento degli obblighi di cui all’art. 2087 c.c. per il datore di lavoro che applica, adotta e mantiene le prescrizioni contenute nel Protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, nonché negli altri protocolli adottati a livello nazionale per fronteggiare la pandemia (es. Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri e il Protocollo condiviso di

originariamente negoziali che si propongono il fine di perseguire scopi di tutela dell'interesse pubblico, a cui si è poi attribuita una potestà *lato sensu* normativa.

La scelta di utilizzare strumenti di tal tipo (con conseguente coinvolgimento della comunità scientifica e soprattutto delle parti sociali) risulta, invero, inedita in materia di sicurezza del lavoro a fronte della tradizionale marginalità del ruolo della c.d. “contrattazione collettiva” in questo settore¹⁰. Tale circostanza testimonia l'acutezza, la drammaticità e l'urgenza della situazione del tutto inedita che l'intero pianeta si è trovato a fronteggiare¹¹.

Quanto alla natura di tali “protocolli” sono gli stessi a definire, nella premessa, le disposizioni *ivi* contenute come delle «linee guida condivise tra le parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio». Si tratta, invero, di una formula piuttosto ambigua che, in un certo qual modo, evoca una sorta di “truffa delle etichette”¹² tradita non solo dalla premessa, che è già di per sé esplicita, ma anche

regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica). Considerato che l'operatività dell'art. 29-bis non è legata al perdurare dello stato di emergenza, si ritiene che la applicazione dei Protocolli, integrati secondo l'evoluzione delle indicazioni normative e scientifiche, continui a garantire la piena copertura ex art. 29-bis del DL n. 23/2020. Quindi rimane il protocollo come parametro di adeguamento dell'imprenditore al principio di cui all'art. 2087 c.c., avendo riguardo alle misure più avanzate secondo miglior scienza ed esperienza e secondo il migliore progresso tecnico». Inoltre, il d.l. n. 24 del 2022 ribadisce che il Ministro della Salute può, con propria ordinanza, aggiornare i protocolli. Infine, è opportuno ricordare che il 4 maggio 2022 si è tenuto un nuovo incontro tra i Ministeri competenti (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Ministero della Salute, e il Ministero dello Sviluppo Economico) e le Parti Sociali sottoscrittrici del Protocollo nazionale di contrasto al pericolo di contagio da Sars-CoV-2. In tale incontro si è ritenuto di confermare fino al 30 giugno 2022 le misure anticontagio già previste nel “Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro” del 6 aprile 2021. Anche in Francia si è fatto ricorso allo strumento del protocollo e nello specifico al *Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19*. Si tratta, in particolare, di un documento elaborato dal Ministero del Lavoro in cui si sono raccolte talune raccomandazioni fornite dall'HSCP (*The National Health and Social Care Professions Office*) per la protezione contro il rischio di contagio da Covid-19; raccomandazioni che devono essere prese in considerazione da parte datore di lavoro nell'ambito dell'attuazione dei principi generali previsti in materia di sicurezza sul lavoro (L. 4121-2 ss. del Codice del Lavoro).

¹⁰ Con termini simili v. P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, in *Sinapsi* 2020, 131-143 il quale fa notare che l'attribuzione di facoltà così rilevanti alle parti sociali rappresenta in qualche modo un inedito in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Ciò, tuttavia, non significa che in ambito lavorativo non vengano adottati o seguiti protocolli o linee guida. Anche in tale settore si fa ricorso a strumenti di tal tipo in quanto si dimostrano capaci di soddisfare l'esigenza di codificare procedure cui i vari attori della sicurezza devono conformarsi. Questo, peraltro, vale non solo rispetto alla disciplina della prevenzione dei rischi-infortuni sul lavoro, ma anche a quella prevenzione di rischi-reato ex d.lgs. 231/2001.

¹¹ D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit. Da ciò sarebbe derivata la necessità di adottare misure chiare e uniformi per tutti gli ambiti e settori; ciò, anche al fine di corresponsabilizzare tutte le rappresentanze economico-professionali. Ancora: P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 133.

¹² Si deve, infatti, operare una differenza tra il concetto di “linee guida” e quello di “protocolli”, giacché spesso si assiste ad una loro assimilazione, quando invece le prime si distinguono dai secondi, perché più dettagliati e quindi dotati di maggiore intensità precettiva. Sul punto P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova 2003, 179 ss.; L. Ramponi, in D. Castronuovo, L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Le responsabilità in medicina, Milano 2011, 933 ss., spec. 972 ss. In generale sul tema v. anche D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021, spec. 155 ss. Si consideri, inoltre, che oltre ai vari Protocolli anti-contagio, assumono particolare rilevanza anche le “Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali” formulate dalla Conferenza Stato-Regioni a maggio 2020. Si tratta, nella sostanza, di indirizzi operativi utili per favorire l'applicazione delle misure

dal contenuto stesso delle disposizioni che, in effetti, ripropongono la struttura, ma anche la forma delle “linee guida”. Tale strumento viene generalmente impiegato in ambienti diversi da quelli tipicamente lavorativi (es. medico-sanitari)¹³ e, nondimeno, serve al fine di “indirizzare”, e non anche di “obbligare”, verso l’adozione di determinati comportamenti (c.d. *soft regulation*)¹⁴. Non è così, tuttavia, in relazione alle *guidelines* contenute nei protocolli in questione: le misure anti-contagio dovevano, infatti, essere rispettate dalle imprese; pena, altrimenti, «la sospensione dell’attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza»¹⁵. Formula questa che pone la necessità di comprendere fino a che punto le disposizioni in questione siano capaci di integrare gli estremi di “regole cautelari” idonee, se violate, a formulare un addebito colposo per “colpa specifica”; ciò, considerando soprattutto la loro struttura elastica, nonché il carattere aperto e dinamico che le contraddistingue¹⁶.

di prevenzione e contenimento nei diversi settori (ristorazione e cerimonie; attività turistiche e ricettive; cinema e spettacoli dal vivo; piscine termali e centri benessere; servizi alla persona; commercio; musei, archivi, biblioteche, luoghi della cultura e mostre; parchi tematici e di divertimento; circoli culturali, centri sociali e ricreativi; convegni e congressi; sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò; sagre e fiere locali; corsi di formazione; sale da ballo e discoteche).

¹³ Il settore medico-sanitario è quello per lo più interessato dall’utilizzo di *best practises*, linee guida, protocolli e raccomandazioni. Si tratta, invero, di un ambito in cui, a differenza da quello tipico lavorativo, si sostengono generalmente imputazioni per “colpa generica” (specie per imperizia). Questo, di fatto, determina l’accostamento del concetto di “imperizia” e a quello di “colpa specifica/professionale”, tanto che (riprendendo anche quanto previsto all’interno dell’art. 590 *sexies*) l’imperizia non produce responsabilità a condizione che si rispettino linee-guida e/o (buone) pratiche che risultino adeguate al caso concreto. Nondimeno, anche in questo settore, si assiste ad una sempre più crescente positivizzazione di regole cautelari. Sull’importanza assunta dall’imperizia in relazione alla “colpa professionale”, v. O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, in *ED*, II, *Reato Colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 633 ss. Sulla rilevanza delle linee guida e sulla responsabilità medica cfr., tra gli altri, L. Ramponi, *op. cit.*, 933 ss., spec. 972 ss.; A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino 2012, *passim*; M. Caputo, “*Filo d’arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *RIDPP* 2012, 882 ss.; C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *CP* 2013, 2999 ss.

¹⁴ Questo di fatto deriva dal modo e dagli scopi che muovono, da un lato, le varie autorità scientifiche a confezionare tali linee guida e, dall’altro, le autorità politiche a recepirle. Sul punto v. M. Caputo, “*Filo d’arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., secondo cui «[l]a *ratio* cautelare sottesa alle linee guida, ossia la loro vocazione a preservare/migliorare la salute del paziente, non [è] affatto esclusiva, perché coesiste con altre *rationes* di marca organizzativa ed economica, [...] non solo regole cautelari, dunque, ma vettori di programmazioni sanitarie sostenibili e razionali. [...] [l]e linee guida hanno il valore di un’indagine epidemiologica, sottendono generalizzazioni probabilistiche, ma non forniscono ancora la prova che quel malato, steso sul letto di quell’ospedale, affetto da quella patologia, debba forzosamente essere iscritto, in assenza di un’attenta indagine individuale, nel novero dei tanti pazienti senza nome usati come leva della raccomandazione clinica».

¹⁵ Così, l’art. 2 co. 6 del D.p.c.m. del 26.4.2020. Invero, oltre alla chiusura dell’attività, occorre considerare quanto previsto dall’art. 4 co. 1 del D.l. n. 19 del 2020 che dispone che «[s]alvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all’articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell’articolo 2, comma 1, ovvero dell’articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall’articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all’articolo 3, comma 3». Per un’analisi di tale comma v. S. Dovero, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell’emergenza da Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it* 4.5.2020; v. anche R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 107. Cfr. anche: l’art. 1 co. 3 del D.p.c.m. 22.3.2020; art. 1, co. 2, lett. *gg* del D.l. n. 19 del 2020; l’art. 1 co. 14 del d.l. 16.5.2020, n. 33; l’art. 2 co. 6 del D.p.c.m. 26.4.2020; l’art. 1, lett. *ll*, punto *c*, D.p.c.m. del 17.5.2020; l’art. 1, lett. *ll*, punto *c* del D.p.c.m. 11.6.2020.

¹⁶ A prescindere, infatti, dalla natura *lato sensu* normativa, e quindi dal richiamo e/o dalla copertura operata

Si tratta, tuttavia, di un problema che affronteremo tra un attimo.

Si ritiene per ora opportuno porre l'accento su un ulteriore punto. Occorre domandarsi quale sia, nel concreto, il rilievo assunto dalla espressione «le linee guida sono utili al fine di agevolare l'adozione da parte delle singole imprese di specifici protocolli anti-contagio»¹⁷. Più nel dettaglio, ci si chiede fino a che punto si “poteva spingere” l'autonomia dei singoli datori di lavoro nell'ambito dell'implementazione di tali protocolli e, in specie, sotto il profilo della valutazione del c.d. “rischio covid”: questi avevano la possibilità di intervenire “integrando” e/o eventualmente “derogando” alle disposizioni concertate a livello centrale in base alle peculiarità dell'attività lavorativa svolta? Oppure, dovevano conformarsi alle direttive ricevute a livello centrale, tutt'al più limitandosi semplicemente ad “adattarle”¹⁸?

Parte della dottrina, nel tentare di rispondere a tali domande, ha invero notato come l'esperienza pandemica abbia inciso sul piano della tecnica legislativa adottata in materia di sicurezza sul lavoro¹⁹.

È risaputo, in particolare, che soprattutto grazie all'influenza delle fonti sovranazionali (e, in specie, alla direttiva-quadro 89/391/CEE) si è, in tale settore, assistito ad un progressivo abbandono della logica accentratrice del *command and control* che governava i precedenti testi normativi e, in particolare, il d.P.R. 27.4.1955 n. 547 (“Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”) e il d.P.R. 19.3.1956 n. 303 (“Norme generali per l'igiene del lavoro”). Tale logica si è, infatti, dimostrata essere, con il passare del tempo, poco flessibile e inefficace a fronte delle diverse esigenze di tutela e prevenzione dei rischi che si potevano (e possono) verificare nei vari ambienti lavorativi²⁰. Questo ha, di fatto, indirizzato il legislatore di “seconda generazione”

delle varie fonti (primarie o secondarie che siano), si pone una questione da cui non si può (e potrà) sfuggire: le “linee guida” possono giustificare imputazioni a titolo di “colpa specifica”, a condizione però, che non emergano situazioni che siano tali da dover indirizzare il singolo operatore in una direzione diversa da quella espressa all'interno di tali pratiche condivise. In casi del genere riemergerebbe, infatti, la possibilità di contestare una “colpa generica” (a seconda dei casi *sub specie* di “imperizia esecutiva”, o anche di “negligenza”). Si tratta comunque di un aspetto che valuteremo a breve.

¹⁷ Una formula simile è utilizzata anche in Francia. Sul sito del Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, in relazione al *Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19* si è infatti specificato che «*Chaque entreprise applique donc ces recommandations dans le cadre de son obligation en matière de santé et sécurité. Il appartient à l'employeur par la voie du règlement intérieur ou par note de service portée à la connaissance de tous, de préciser – à la suite de l'analyse des risques effectuée et en privilégiant le dialogue social – les modalités permettant notamment la mise en œuvre de l'ensemble des gestes et mesures barrière identifiées*». [Per maggiori approfondimenti v. *Questions – Réponses Réglementation risques biologiques. Décret n° 2021-951 du 16 juillet 2021 arrêté du 18 décembre 2020*].

¹⁸ Invero, sono gli stessi protocolli a definire non esaustive le disposizioni ivi contenute. In questo senso si consideri la seguente formula: «le imprese adottano il presente protocollo di regolamentazione all'interno dei propri luoghi di lavoro, oltre a quanto previsto dal suddetto decreto, applicano le ulteriori misure di precauzione di seguito elencate - da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali - per tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro».

¹⁹ D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389; P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 132; V. Mongillo, *op. cit.*, 26.

²⁰ V. Torre, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2013, 338 ss., 352 ss., 398 ss. Per una disamina generale v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389 ss.

verso un sistema di “cogestione” pubblico-privata (della valutazione) del rischio²¹: si è così giunti – dapprima al d.lgs. 19.9.1994 n. 626, e poi – al c.d. Testo unico sulla sicurezza del lavoro (T.U.S.L., d.lgs. 9.4.2008 n. 81) con cui si è approntato un sistema di prevenzione aziendale ispirato alla logica del c.d. *self-regulation*²².

Il complesso processo di valutazione del rischio realizzato a livello dislocato-aziendale implica, attualmente, l’attribuzione al datore di lavoro (garante per eccellenza della sicurezza) di un potere di auto-normazione e di integrazione delle regole che promanano dalla fonte pubblica. In questa maniera, tale soggetto concorre non solo a delimitare (maggiormente) l’area di quelli che sono i c.d. “rischi consentiti”, ma anche a definire un apparato cautelare quanto più possibile vicino ai singoli, che tuteli e rispetti le peculiarità delle attività lavorative svolte²³.

Parte della dottrina ha, però, evidenziato come la situazione sia cambiata in relazione al c.d. rischio di infezione da Covid-19: gli enti centrali, a fronte dell’emergenza pandemica, avrebbero infatti deciso di (ri-)approntare un modello di gestione “pubblicistico” del rischio, con conseguente abbandono di quello di “cogestione” pubblico-privata²⁴. Altra dottrina, usando invero toni più cauti, si è espressa nel senso di sostenere che si è adottata una tattica di contrasto alla diffusione del Covid-19 che contempera *command and control* e *self-regulation*²⁵ e che, nello

²¹ D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 390.

²² Per una critica a tale metodo v. la fondamentale opera di F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute nei luoghi di lavoro*, in *RIDPP* 2003, 55 ss. In senso opposto, v. R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza*, cit., 89 s. In generale, sull’auto-normazione v. C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *DPP* 2015, 261 ss. In relazione al più complesso dibattito tra diritto penale classico e diritto penale moderno v. M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 117. In generale, sulla necessità di confrontarsi con la società del rischio v. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000.

²³ In generale, sul concetto di “rischio consentito” e sulla teoria dell’imputazione oggettiva *ex multis* v. M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *RIDPP* 1989, parte I e II, 588 e 1114; Id., *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano 1991, *passim*; Id., *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006; Id., voce *Imputazione oggettiva dell’evento (dir. pen.)*, in *ED, Annali* III 2010; A. Pagliaro, *Imputazione oggettiva dell’evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; A. R. Castaldo, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli 1989; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano 2004, sub Art. 41, 403 ss.

²⁴ P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell’emergenza da Covid-19*, cit., 132; P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *www.giustiziacivile.com* 17.5.2020, 4 s. Con toni meno perentori v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389 ss. che dopo aver sostenuto che «[i]l ritorno ad un modello normativo centralizzato non ha messo tuttavia in discussione la necessità di una strategia partecipata di gestione del rischio. [i]l Protocollo condiviso [...] realizzato tra il Governo e le parti sociali [...] testimonia ancora una volta l’opportunità di gestire l’emergenza pandemica attraverso un confronto tra diversi soggetti protagonisti del mondo produttivo» precisano comunque che «[l]o spazio per ulteriori integrazioni e specificazioni delle misure di contenimento della diffusione del virus riguardanti il singolo luogo di lavoro è molto esiguo. [d]a questo punto di vista il datore di lavoro non è competente “per materia”, né dispone di ulteriori informazioni e/o conoscenze che gli conferiscono un potere di impedimento specifico rispetto al rischio Covid-19».

²⁵ Il modello di gestione compartecipata dei rischi si sarebbe, in questo modo, in parte avvicinato a quello previsto in paesi stranieri di c.d. *collective self regulation*. Si pensi, ad esempio, all’esperienza anglosassone in cui la politica delineata nell’*HSWA* 1974 si realizza, principalmente, attraverso un sistema di delega di funzioni istituzionali a due organismi: la *Health and Safety Commission (HSC)* che è costituita da rappresentanti degli imprenditori, dei lavoratori e delle autonomie locali; e la *Health and Safety Executive (HSE)*, ovvero un consiglio di esperti nominati dalla Commissione, che elabora piani e proposte ed è responsabile per la realizzazione delle politiche di sicurezza definite dall’HSC. Per una disamina più dettagliata della disciplina e

specifico, si articola su *tre livelli*, caratterizzati dalla progressiva specificazione delle cautele²⁶.

Quel che è certo è che l'incertezza scientifica (che ancora oggi governa la materia) non consentiva di attribuire ai (soli) titolari delle imprese la decisione su quelle che erano (e sono) le misure che dovevano (e devono) essere adottate al fine di contenere e contrastare il virus all'interno degli ambienti di lavoro. Il datore di lavoro era, in questo senso, obbligato ad adeguarsi alle indicazioni contenute nell'ambito dei protocolli condivisi, in quanto queste costituivano la trasposizione delle acquisizioni della miglior scienza ed esperienza.

Tale conclusione, seppur vera in via di principio, ci indirizza nel senso di esaminare più da vicino le disposizioni anti-contagio: il fine è evidentemente quello di comprendere fino a che punto il singolo operatore fosse vincolato nel suo operato; e/o se, al contrario, residuavano ancora taluni spazi di manovra che gli consentivano di realizzare in proprio valutazioni sul rischio da contagio da Covid-19. Laddove si avallasse quest'ultima soluzione, la conclusione potrebbe essere quella di non escludere (del tutto) la possibilità di muovere addebiti per "colpa generica". Procediamo, dunque, per gradi.

3. La dottrina è pressoché unanime nell'escludere la possibilità di configurare un addebito doloso in relazione ai casi di potenziale responsabilità da contagio Sars-CoV-2: il cittadino, così come anche il datore di lavoro, non possono, infatti, per definizione rappresentarsi e né tantomeno volere un puntuale e definito scenario lesivo²⁷; ciò, soprattutto considerando il carattere ubiquitario di tale virus (che è tale da impedire una tracciabilità dei canali di trasmissione), e soprattutto la possibilità di contrarre la malattia in maniera silente (c.d. asintomatici) o, al più, sotto la forma di un semplice raffreddore (c.d. paucisintomatici)²⁸.

struttura: V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale*, cit., 123 ss. L'HSE ha, invero, assunto un ruolo chiave durante l'emergenza pandemica. Tra le varie direttive fornite da tale istituto spiccava la necessità di provvedere ad un aggiornamento della valutazione del rischio («*You should start by updating your risk assessment to manage the risk of coronavirus (COVID-19) in your business*»). È chiaro come non si trattasse di un obbligo, dato l'utilizzo del termine "should"; costituiva, tuttavia, una raccomandazione fortemente consigliata. Per una disamina v. <https://www.hse.gov.uk/toolbox/index.htm>. Peraltro, sempre sul tema dell'emergenza pandemica è intervenuto il governo inglese (e, in particolare, il *Department for Business, Energy & Industrial Strategy*) stanziando una *Guidance for people who work in or run offices, factories, plants, warehouses, labs and research facilities and similar indoor environments*. Per un aggiornamento continuo delle misure attualmente adottate v. www.gov.uk/guidance/working-safely-during-covid-19/offices-factories-and-labs.

²⁶ V. Mongillo, *op. cit.*, 26. In particolare l'Autore colloca al primo livello le misure minime di fonte statale; al secondo i protocolli condivisi; e al terzo livello i protocolli aziendali fatti su misura. Si ritiene, invero, di dover avallare detta tesi, giacché seppur vero che l'intervento assunto a livello centrale è stato determinante, è altrettanto necessario che le generali misure anti-contagio vengano comunque calibrate in base al settore di riferimento, nonché alle specifiche esigenze di tutela e prevenzione dei rischi. Ad ogni modo emerge, in maniera inequivoca, la natura c.d. "bi-frontale" dell'obbligo di sicurezza. Sul punto v. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 133.

²⁷ V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio: a che punto siamo?*, in www.archiviopenale.it 21.9.2021, 1 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 385.

²⁸ In generale, sul difficile accertamento del nesso di causalità e sull'incertezza scientifica che governa la materia v. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 110 ss.; S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit.; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale*:

È, tuttavia, ipotizzabile un addebito colposo nelle ipotesi di mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dei *dicta* contenuti nei *corpora* concertati a livello nazionale²⁹. In questo senso, parte della dottrina si è apprestata a precisare che se davvero di addebito colposo si vuole parlare, lo stesso non può che essere formulato sotto la forma della “colpa specifica”: deve, al contrario, escludersi la possibilità di muovere un rimprovero per “colpa generica”³⁰. Ciò, invero, per due fondamentali ragioni.

In primo luogo, si deve considerare il fatto che tali protocolli hanno, quasi fin da subito, assunto valore *lato sensu* normativo e obbligatorio: l'imprenditore doveva (e deve), dunque, necessariamente conformarsi a quanto previsto all'interno di tali testi. La questione avrebbe avuto, quasi sicuramente, connotati diversi se questi non avessero assunto tale portata; e ciò, tanto perché si sarebbe potuto sostenere l'inefficacia cautelare-preventiva delle misure e/o disposizioni, quanto perché si sarebbe potuto contestare, sul piano formale, l'obbligatorietà dei *dicta* ivi contenuti³¹.

una prima mappatura, in www.archiviopenale.it 7.8.2020, 1 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 395. Si permetta anche un rinvio a M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in www.archiviopenale.it 20.12.2020, 1 ss.

²⁹ O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 10, secondo cui l'incertezza scientifica, pur non incidendo sul primo momento dell'accertamento della colpa (che attiene alla violazione della regola cautelare ad opera di un soggetto), può, al contrario, influire sul secondo momento dell'accertamento della colpa che attiene all'efficacia impeditiva della c.d. condotta alternativa lecita. Specifica, altresì, l'Autrice che andrebbe valutata con grandissima prudenza l'opportunità di sollevare rimproveri colposi nei riguardi del datore di lavoro per il mero fatto che sia inadempiente all'obbligo di aggiornare il D.V.R. Sul punto v. anche M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 503 ss. secondo cui: «[v]edo la responsabilità colposa nei contesti di contagio da Covid-19 costretta tra due fronti: da un lato, il limite intrinseco costituito dai requisiti costitutivi della colpa; dall'altro, il limite normativo estrinseco di ridefinizione del tipo colposo, che, peraltro, come spesso accade nel diritto penale del lavoro, presenta profili di elasticità che rimettono in campo i giudizi valutativi del datore di lavoro con i connessi rischi della fagocitante colpa generica. I limiti della responsabilità colposa saranno, quindi, condizionati dalla lettura più o meno stringente che ne darà l'interprete e dalla capacità di leggere nell'art. 29-bis cit. lo strumento per limitare la responsabilità datoriale in presenza di prescrizioni tipizzate nei protocolli, ma elastiche o facoltative». V., inoltre, il recente contributo di P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in www.sistemapenale.it 28.4.2022.

³⁰ Sul punto v. il monito di F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it 26.4.2020. Cfr. anche V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, 6 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 387. *Contra*: O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 12 ss. Ravvisa una fondamentale omogeneità tra colpa specifica e colpa generica G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 313 ss. V. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 70 ss. ritiene che in presenza di incertezza scientifica non possa che esserci “colpa specifica”. Per una disamina, più generale: R. Bartoli, *Fonti della colpa*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 518 ss., 542.

³¹ D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo, Un catalogo ragionato*, in *DPC riv. trim.* 2016, 236 secondo cui «[l]e inosservanze di regole cautelari contenute in “norme tecniche”, buone prassi o linee guida richiamate da fonti cogenti, in presenza del nesso tra la condotta inosservante e l'evento lesivo, ripetono, per lo meno a grandi linee, lo schema della colpa specifica. Per contro, negli altri casi, i problemi legati alla non obbligatorietà di tali protocolli – e magari alla loro fungibilità rispetto a misure diverse e alternative – vanno risolti mediante riconduzione ai criteri di ricostruzione della colpa generica, rispetto alla quale tali fonti tendono ad assumere un ruolo analogo a quello delle regole (tecniche di) perizia». V. anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 335 che in relazione alle linee guida parla di parametri di riferimento per l'attività di auto-controllo o modelli generali di auto-regolazione dei privati. V. peraltro P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 182; L. Ramponi, *op. cit.*, 972; P. Piras, A. Carboni, *Colpa medica e attività in équipe*, in *Aa. Vv.*,

Nondimeno, a fronte di quest'ultima obiezione, si sarebbe comunque potuto ribattere dicendo che l'impiego di "buone prassi", "linee guida" e "norme tecniche" non costituisce una novità del tutto assoluta negli ambienti lavorativi; ciò anche considerando quanto previsto all'interno dell'art. 2 lett. u, v, z del d.lgs. 81/2008 in cui si enucleano delle definizioni di questi concetti³². Si tratta, invero, di strumenti il cui impiego potrebbe leggersi e giustificarsi avendo riguardo alla tendenza alla formalizzazione e proceduralizzazione delle regole cautelari; tendenza che, in effetti, regge e governa il binomio del "risk assessment" e "risk management" e che, non a caso, determina una erosione della "colpa generica" con conseguente dilatazione di quella "specificata"³³.

D'altro canto, si ripropone il ragionevole argomento (già esaminato sul piano della valutazione e gestione del rischio) secondo cui le incertezze cognitive e predittive, nonché le difficoltà, ancora oggi presenti, di fronteggiare non solo la "diffusione", ma anche di fatto il "mutamento" dei coronavirus in altre versioni (potenzialmente più letali e contagiose), rendevano (e rendono) nella sostanza "inesigibile" l'adozione di misure cautelari diverse, ulteriori e sganciate dalle indicazioni preconfezionate dall'autorità pubblica in concerto con la comunità scientifica e le parti sociali³⁴.

La colpa datoriale dovrebbe, dunque, essere circoscritta ai soli casi di inosservanza delle cautele che erano (e sono) appositamente contenute e codificate all'interno dei summenzionati protocolli. Questo, in effetti, è ciò che deve sostenersi probabilmente anche in virtù del principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile" che potrebbe ritenersi nei fatti rispettato con l'adeguamento dei datori di lavoro a tali *dicta*.

Alla luce di tali argomenti – senz'altro corretti in via di principio ma che necessitano, ad avviso di chi scrive, di talune specificazioni – tra gli scopi dell'art. 29-bis rientrerebbe anche quello di scongiurare la possibilità di muovere, nei riguardi dei datori di lavoro, ulteriori e indefiniti addebiti "generali colposi" che trovino un addentellato normativo nell'ambito dell'art. 2087 Cc. D'altronde, è noto come quest'ultima disposizione costituisca (insieme anche al concetto stesso di "colpa generica"), uno degli espedienti che più di frequente si usa al fine di ampliare le maglie della responsabilità datoriale colposa. Spesso, infatti, si assiste in giurisprudenza ad accertamenti di responsabilità colpose che pur essendo in apparenza ispirate al principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"³⁵, sono al contrario

Medicina e diritto penale, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa 2009, 285 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino 2004, cit., 506.

³² D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit.

³³ Sul punto P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 178, 184, 188 in quale se da un lato palesa una sistematica emersione e formalizzazione di regole anche in campo medico-sanitario; dall'altro definisce le linee guida come "un'arma a doppio taglio". In particolare, in relazione alla responsabilità medica, come fatto notare da M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 161 verificatosi un evento avverso il congedo immotivato dalle linee guida può essere brandito per accusare il sanitario (*inculpatory way*), mentre la stretta osservanza sarà invocata per disculparsi (*exculpatory way*). In quest'ultimo senso v. anche A.R. Di Landro, *op. cit.*, 12 ss.

³⁴ D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 387.

³⁵ Sulla differenza tra "massima sicurezza tecnologicamente fattibile" vs. "massima sicurezza ragionevolmente praticabile" cfr.: V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 59 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 29 ss., 101 ss. Per una critica all'impiego di norme precauzionali scritte, ma connotate da un precetto

influenzate dalla logica sottesa al criterio del “senno di poi”³⁶. Nondimeno, altrettanto frequentemente si giunge ad accertare la presenza di comportamenti colposi, malgrado la mancata violazione di specifiche regole cautelari; ciò sul presupposto che rimarrebbero, comunque, dei residui di rimproverabilità per “colpa generica”, a prescindere dalla struttura della regola cautelare considerata (“rigida” o “aperta”)³⁷.

Lo sforzo (senz’altro lodevole) profuso dalla dottrina che si esamina incontra, tuttavia, un ostacolo laddove ci si pone al confronto con il dato scritto, per la cui analisi si rinvia al paragrafo che segue.

4. Una trattazione (seppur minima) a parte merita lo strumento prescelto per fronteggiare la pandemia in atto: le linee guida. Tale espressione non deve, in effetti, intimorire: essa potrebbe richiamare alla mente l’idea di avere a che fare con delle mere “raccomandazioni” e/o con “indicazioni di massima” prive di rilevanza e vincolatività tanto sul piano giuridico, quanto su quello pratico. In realtà, non è così; o meglio: non è del tutto così.

Si tratta di un espediente logico-giuridico di cui (come si è già accennato) si fa ampio impiego in ambito medico; e ciò, invero, non stupisce, essendo la medicina “la scienza imperfetta” per definizione. In particolare, scorrendo le varie definizioni fornite dalla dottrina che si è espressa in relazione proprio a tale materia, è agevole rendersi conto che gli studiosi concordino nel definire le linee guida come un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base della miglior scienza ed esperienza; questo, tuttavia, non preclude che comunque il singolo operatore possa scegliere di adottare soluzioni e/o percorsi terapeutici diversi, a condizione questi siano calibrati in base alle specifiche esigenze di cura e prevenzione del paziente.

Non è un caso, allora, che tale strumento sia stato scelto per fronteggiare la pandemia. Il buio non solo “ontologico”, ma anche e soprattutto “nomologico-cognitivo” circa il nuovo coronavirus, si è evidentemente tradotto nell’impossibilità di confezionare regole “fisse” e “predeterminate”, per cui si è preferito, al contrario, fare ricorso a regole “elastiche” capaci di adattarsi ai singoli contesti di riferimento³⁸.

ad “ampio spettro” e da “cautele generiche” v. *ex multis* C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *RIDPP* 1997, 1491 ss. Sul tema v. anche O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 396 che fa la distinzione tra norme ansiolitiche (dall’incerta attitudine preventiva) e norme a trama aperta (con efficacia preventiva superata).

³⁶ Sulla logica del “senno di poi” che governa la colpa v. *ex multis*: D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 289, 303; C. Piergallini, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *ED, Annali X* 2017, 235 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 91, 260. Avendo riguardo anche ai profili della causalità A. Gargani, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte ad esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 397 ss., 419.

³⁷ Per una critica all’utilizzo della “colpa generica” quale “jolly processuale”, *ex multis*, v. D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 330 ss.; Id., *La colpa penale*, cit., 220.

³⁸ Sulla differenza tra regole cautelari “rigide” ed “elastiche” avendo riguardo alle varie posizioni assunte dalla dottrina v. *ex multis*: R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 531 s. L’Autore invero, in relazione alla definizione di regole cautelari dal contenuto elastico, considera due orientamenti dottrinali: da un lato vi sarebbero coloro che vagliano la descrizione (rigida o elastica) da parte della regola del comportamento dovuto; dall’altro, coloro che invece si concentrano maggiormente sulla tipizzazione della situazione di rischio. Importante anche la distinzione tra regole cautelari “proprie” e “improprie”; sul punto v. P. Veneziani, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, *passim*. Invero, sul tema

Nondimeno, è proprio avendo riguardo all'ambito medico-sanitario che si è posta la questione circa la reale natura delle "linee guida" e dei "protocolli": in particolare ci si è chiesto se tali strumenti possano essere annoverati fra le fonti di produzione di regole cautelari suscettibili di fondare ipotesi di "colpa specifica"; oppure se queste possano, al massimo, costituire delle mere fonti di cognizione delle *leges artes*³⁹.

Si tratta, invero, di una scelta che, al netto delle esigenze tassonomico-formali di classificazione, conduce a dei risvolti pratici di non così poca rilevanza. L'assimilazione di tali strumenti ad effettive regole cautelari costituirebbe, anzitutto, un'interessante cartina tornasole della crescente positivizzazione delle regole cautelari cui, da ultimo, si assiste anche in ambito medico-sanitario⁴⁰; tendenza che – seppur vista con favore, in quanto mira a tutelare la certezza del diritto, la determinatezza della fattispecie e a ridurre al minimo il potere discrezionale del giudice – rischia, nella sostanza, di depotenziare la colpa sotto il profilo personale-soggettivo e quindi di ridurla ad una mera inosservanza⁴¹.

Per altri versi, la possibilità di accogliere una colpa specifica livellata su linee guida come fonte di produzione della regola cautelare, potrebbe condurre a realizzare un giudizio meramente formale di difformità del comportamento dalle prescrizioni⁴². Ciò, di fatto, trasformerebbe il delitto colposo in un reato di pericolo astratto-presunto, facendo sbiadire la essenziale dimensione dell'evento, e il correlato «riscontro della realizzazione dei profili di colpa nel risultato lesivo o infausto»⁴³.

v. S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 5 secondo cui «le misure e gli strumenti preventivi dei contagi, di ordine collettivo e individuale, appartengono al novero delle regole cautelari c.d. improprie: esse, cioè, sono in grado di ridurre significativamente il rischio di contagio, ma non di azzerarlo (con l'eccezione, forse, dei dispositivi speciali in dotazione ai sanitari, come le tute bianche e i caschi, che però evidentemente non fanno parte del corredo di cautele la cui adozione è doverosa per altri soggetti garantiti, quali ad esempio i datori di lavoro)».

³⁹ Con termini simili L. Ramponi, *op. cit.*, 973.

⁴⁰ A.R. Di Landro, *op. cit.*, 102 ss., 173 ss., *passim*; M. Caputo, "Filo d'arianna" o "flauto magico"?, cit., 14 ss.; Id., *Colpa medica*, cit., *passim*; R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 530. Sulla tendenzialmente scarsa determinatezza della fattispecie colposa quale aporia da accettare poiché sostanzialmente ineliminabile v. D. Castronuovo, *Colpa penale*, cit., 163, 177 s.

⁴¹ M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss., 130.

⁴² Tale colpa, invero, assume connotati misti, tanto che parte della dottrina l'ha definita come una "forma ibrida" di colpa (c.d. colpa "protocollare" o "procedurale" a seconda delle ipotesi); così, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 219; Id., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 216 ss. In generale, sull'opportunità di nozioni differenziate di colpa, M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 334-378; Id., *L'elemento soggettivo della colpa.*, cit., 124 ss. Per la prospettazione, *de lege ferenda*, di una colpa esplicitamente "procedurale", si veda M. 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 M. Donini, D. Castronuovo, Padova 2007, 299, 301. L'emersione di espressi profili procedurali è immaginata proprio in relazione ad una fattispecie delittuosa di "esposizione a pericolo dei lavoratori": «1. Il datore di lavoro, il suo delegato o gli altri soggetti obbligati che, con dolo o colpa grave, omettendo di adottare le cautele o di osservare le procedure di sicurezza prescritte dalle leggi o regolamenti nazionali o comunitari in materia di prevenzione e tutela contro infortuni sul lavoro o malattie professionali, producono una situazione di pericolo concreto per la vita, l'incolumità o la salute di più lavoratori, distinta dalla mera inosservanza, sono puniti (con pena detentiva o pecuniaria + pena interdittiva)»; con riferimento alla sicurezza alimentare e del prodotto v. *ibidem*, 287, 306.

⁴³ Così L. Ramponi, *op. cit.*, 973. Sul rilievo dell'evento nella struttura del reato colposo v. G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 114; A.R. Di Landro, *op. cit.*, 102. Sulla possibilità (rischio?) di assimilare i reati colposi ai reati di pericolo v., anche M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 125 ss., spec. 132; Id.,

In materia medico-sanitaria, la giurisprudenza è stata per molto tempo unanime nell'escludere che le linee guida possano integrare regole cautelari suscettibili di fondare ipotesi di colpa specifica: da un lato, per la varietà e per il diverso grado di qualificazione (si può, infatti, avere a che fare con linee guida non sufficientemente collaudate, non ampiamente condivise, ispirate ad una logica precauzionale o, ancor peggio, ad una imprenditoriale di spesa⁴⁴); dall'altro, soprattutto per la loro natura di strumenti di indirizzo e orientamento privi della prescrittività propria della regola cautelare, per quanto elastica⁴⁵. Tale orientamento si è protratto fino alle Sezioni Unite Mariotti in cui si è affermato che si tratta di «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene»⁴⁶.

Quanto alla dottrina, senza negare che talvolta le linee guida possano essere annoverate tra le fonti di cognizione delle regole cautelari, si è specificato che non sempre è così. A tal fine occorre vagliare la presenza di una serie di presupposti che attengono tanto ad aspetti "genetici" e "strutturali" (per cui occorrerà chiedersi: di che linee guida si tratta? Sono linee guida di livello internazionale o di portata nazionale? Sono state recepite all'interno di atti amministrativi generali quali, ad esempio, i regolamenti? Hanno portata generale o limitata ai singoli unità, ambienti e/o settori? ecc.); quanto alla loro capacità di uniformarsi a quelle che sono le caratteristiche che

*Prassi e cultura del reato colposo, La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale, in DPC riv. trim. 2019, spec. 4 ss. il quale specifica che «[l]a definizione dell'art. 43 c.p., che sembra dimenticarsi del soggettivo quando descrive la c.d. colpa specifica, deve dunque essere integrata in via ermeneutica, non seguita pedissequamente. Si faccia attenzione: se la colpa fosse mera inosservanza sarebbe già colpa quel fatto, sarebbe automaticamente colposa ogni contravvenzione antinfortunistica, e non occorrerebbe accertare altro. Invece, se la colpa è un elemento che rimane soggettivo, la regola cautelare è stata violata colposamente solo a determinate condizioni soggettive ulteriori». Sull'arretramento della soglia di punibilità quale insufficienza sopravvissuta al processo di normativizzazione v. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 76; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 186. In generale sulla flessibilizzazione delle categorie classiche F. Stella, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003; A. Gargani, *op. cit.*, 397 ss.; Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RIDPP* 2002, 634 ss.*

⁴⁴ A.R. Di Landro, *op. cit.*, 136, 150 *passim*. Sul tema delle linee guida v. anche: P. Piras, *La colpa medica: non solo linee guida*, in www.penalecontemporaneo.it 2011 secondo cui le linee guida «[p]resentano però svantaggi, che inducono perplessità al loro uso quale criterio di ascrizione del fatto colposo. Svantaggi che si riducono fondamentalmente a due: a) l'elaborazione delle linee guida tiene talvolta conto anche di esigenze di contenimento di spesa, cioè economiche, che sono estranee alla salute del paziente, che è però il bene penalmente protetto, in riferimento al quale deve avvenire l'individuazione della regola cautelare; b) le linee guida possono fungere da scudo di medicina difensiva, nel senso che, cullando l'idea dell'impunità, il medico è indotto ad attenersi sempre e comunque, anche quando il caso concreto è peculiare e impone un diverso trattamento terapeutico rispetto a quello in esse previsto». P. Piras, A. Carboni, *op. cit.*, 290.

⁴⁵ Così, Cass. 29.1.2013 n. 16237 (c.d. sentenza Cantore).

⁴⁶ Cass. S.U., 21.12.2017 n. 8770. In generale sul tema v. R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di s.u. mariotti in tema di responsabilità medica*, in www.penalecontemporaneo.it 2018; C. Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in www.penalecontemporaneo.it 2018; G. M. Caletti, M. L. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in www.penalecontemporaneo.it 2019; A. Massaro, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in www.giurisprudenzapenale.com 2017, 12.

connotano e contraddistinguono, in generale, le “regole cautelari”⁴⁷. Con tale espressione si fa riferimento a norme a statuto nomologico-esperienziale⁴⁸, la cui vigenza ed efficacia dipende dalla generale idoneità delle stesse a prevenire la verificazione di determinati eventi, con conseguente capacità di perimetrare, per il cittadino, l’area e il confine di un “rischio lecito” e “consentito”⁴⁹. È la legittimazione empirica – e quindi il fatto che la prassi o procedura goda, in un determinato momento storico e in uno specifico ambito, di un consenso trasversale e generalizzato – ad attribuire, dunque, alla “direttiva” il connotato di regola cautelare. Ciò a prescindere non solo dalla recezione della stessa in una specifica disposizione dotata di valore giuridico formale (legislativa, regolamentare, provvedimento); ma anche dal loro potenziale e futura falsificazione a fronte della sopravvenienza di nuove scoperte (sul piano del metodo e/o della efficacia preventiva) scientifiche. La possibilità di una futura obsolescenza tecnico-scientifico della regola è, infatti, messa in conto e potrà eventualmente incidere sul giudizio della colpa in concreto, senza peraltro minare né l’autorità, né tantomeno la validità sul piano formale (anche se non sostanziale di prevenzione) della medesima regola in relazione al suo periodo di vigenza⁵⁰.

Ciò posto, per quel che riguarda le “linee guida” e in generale i “protocolli” che stiamo esaminando (c.d. anti-contagio), considerando da un lato il procedimento di

⁴⁷ Sul carattere a “struttura modale” delle regole cautelari v. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993, 233 ss.; v. anche O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 389 ss. Sulla differenza tra fonti di produzione e l’individuazione del comportamento effettivamente dovuto v. R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 521, 524 ss., 529. Distingue tra *genesi* e *individuazione* delle regole cautelari, anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 279 ss., 284 ss. Quanto al rapporto tra regole cautelari e Covid-19 v. O. Di Giovine, *Ancora sull’infezione da sars-cov-2*, cit., 10.

⁴⁸ Le regole cautelari non devono necessariamente avere natura giuridica, in quanto si fondano su un paradigma etiologico e nomologico. Hanno, pertanto, il medesimo statuto delle leggi scientifiche: sono valide in funzione della loro efficacia preventiva e non già in virtù del loro recepimento in una fonte normativa formale. Sul punto, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 284 ss.

⁴⁹ Sul punto, v. M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell’evento (dir. pen.)*, cit., 635 ss., spec. 643 ss. in cui sostiene che «è importante costruire «spazi di libertà» per il cittadino, finché questi rimane dentro al rischio consentito, e preoccuparsi di spiegargli *ex ante* che è libero e non deve vivere nella paura».

⁵⁰ D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 279 ss., 284 ss. In particolare l’Autore distingue tra il “dovere” (di diligenza) e la “diligenza” (quale contenuto del dovere) specificando che solo per l’edificazione del primo valgono in maniera stringente i principi costituzionali in materia penale, e tra questi quello di tipicità e quello di legalità in tutte le sue articolazioni. Sul tema v. anche F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 197, 219 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 222, 228, *passim* in cui sostiene che le regole cautelari sono mere concretizzazioni tecniche di un precetto già significativo. Sulla estraneità delle regole cautelari rispetto al principio di legalità cfr. L. Cornacchia, *op. cit.*, 501 ss. Sul punto, si pone poi la questione sulla differenza che intercorre tra *ratio* della incriminazione o della aggravante e *ratio* delle cautele: se la prima dovesse recepire tutte le *rationes* delle cautele, allora sarebbero queste ultime a stabilire il confine della stessa incriminazione. In realtà, possono coesistere una *ratio* più circoscritta della incriminazione e finalità preventive più ampie delle singole cautele. Si consideri ad esempio il diverso impiego dell’art. 437 (che riguarda i sinistri e disastri interni); e rispetto all’art. 434 (che riguarda i disastri esterni). Si tratta di fattispecie che, pur presentando *ratio* incriminatrici e spettro applicativo diversi, possono invero condividere le medesime tutele (per es. anti tumori o patologie da amianto o da polveri). Ciò peraltro non conduce ad una loro assimilazione, né ad una definizione delle prime (*ratio* delle incriminazioni) alla luce delle seconde (*ratio* delle cautele), pena altrimenti anche una violazione della riserva di legge. Sul tema v. M. Donini, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim.*, spec. 150 ss.; Id., *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 139; e ancora F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 233, 386; L. Cornacchia, *op. cit.*, 506. Sui profili intertemporali v. ancora M. Donini, *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 133. Sull’ipotesi dell’obsolescenza della regola cautelare specifica in settori caratterizzati da continue e nuove scoperte scientifiche v. O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 397.

accreditamento pubblico cui sono stati sottoposti, testimoniato anche dalla loro menzione all'interno dei vari D.l. e D.p.c.m. summenzionati⁵¹; e dall'altro che tali regole, nella sostanza, costituiscono la trasposizione della migliore scienza ed esperienza, avendo riguardo al momento storico (passato e attuale), si può ragionevolmente sostenere che si tratti di regole di condotta a contenuto cautelare che, pur essendo elastiche, sono certamente doverose per il datore di lavoro⁵².

Ad una valutazione di ordine generale potrebbe, in effetti, sembrare che definire le linee guida come delle (potenziali) regole cautelari significhi porre al riparo il datore di lavoro da ulteriori contestazioni *sub specie* di "colpa generica". Ma è davvero così? In realtà, ad avviso di chi scrive, no. Spieghiamo subito il motivo.

Una volta definita quella che deve essere, in generale, la genesi nonché la struttura delle "linee guida" e dei "protocolli" affinché questi possano propriamente definirsi come regole cautelari, può affrontarsi la questione circa il loro operare nell'ambito del concreto giudizio di colpa.

Le strade praticabili sono due: si potrebbe tener conto delle peculiarità che hanno magari condotto il singolo operatore a prediligere una strada diversa da quella consigliata, sì da orientare l'interprete nel senso di realizzare un adeguato giudizio di concretizzazione della colpa che consideri il piano della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, senza peraltro tralasciare quello soggettivistico dell'esigibilità (c.d. colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*)⁵³. Oppure, si potrebbe realizzare un mero giudizio di conformità del comportamento tenuto rispetto a quello previsto dai protocolli che si limiti a sindacare la colpa su un piano meramente oggettivo-normativizzato. Delle due l'una.

La giurisprudenza che si occupa della questione in materia medico-sanitaria è, invero, piuttosto attenta a conciliare questi due aspetti della colpa (colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*)⁵⁴. In particolare, si ritiene che il rispetto dei protocolli e/o linee

⁵¹ Questo, in effetti, basterebbe per assicurare «una certificazione pubblica di congruità» dei protocolli (espressione ripresa da O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 654). Certificazione che sarebbe, peraltro, corroborata dal richiamo operato all'interno dell'art. 29-bis.

⁵² Il riferimento a linee guida e protocolli potrebbe, *de iure condito*, trovare un appiglio codicistico nell'art. 43 Cp e in particolare nella nozione di discipline (in cui si fanno rientrare quelle emanate tanto dalle autorità pubbliche, quanto dalle autorità private) la cui inosservanza è espressamente prevista quale elemento normativo della colpa. Così: A.R. Di Landro, *op. cit.*, 25; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 182; P. Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, cit.; L. Ramponi, *op. cit.*, 972.

⁵³ Sul fatto proprio della colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post* v. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 5 ss.; Id., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 130. In particolare l'Autore distingue tra un profilo di responsabilità per fatto proprio (che guarda ancora il fatto illecito, e la competenza di un soggetto rispetto a determinati rischi) e un profilo di responsabilità per fatto proprio colpevole (che riguarda l'esigibilità personale dell'osservanza contestata da parte del soggetto competente). Sulla necessità di riformulare un giudizio di prevedibilità ed evitabilità in concreto anche laddove vi siano regole cautelari (specie se queste siano elastiche) v. O. Di Giovine, *Il Contributo della vittima*, cit., 397; A.R. Di Landro, *op.cit.*, 126. Quanto proprio al procedimento da seguire ai fini del giudizio concreto sulla colpa in relazione a regole cautelari "elastiche" v. D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 220 ss.

⁵⁴ La giurisprudenza si è, invero, dimostrata sempre attenta al giudizio di "concretizzazione della colpa". Sul punto, v. Cass. 24.2.2000 n. 6511; Cass. 5.6.2009 n. 38154; Cass. civ. 30.11.2018 n. 30998; Cass. 29.4.2021 n. 18347. Piuttosto scarse sono, invece, le decisioni impegnate ad analizzare questioni attinenti alla c.d. misura soggettiva della colpa. Tutt'al più, sul versante soggettivo, si affrontano questioni relative all'identificazione del momento del giudizio di prevedibilità; quasi mai si valuta invece il piano soggettivo dell'esigibilità. In quest'ultimo senso: v. Cass. 9.10.2014 n. 47289; Cass. 17.11.2011 n. 1442; Cass. 29.9.1997 n. 1693.

guida costituisca una cautela minima esigibile da modulare in base alle peculiarità del caso concreto⁵⁵. Rimane, dunque, ferma la pretesa che il medico intervenga con modalità cautelari ulteriori e/o diverse, allorché vi siano particolari condizioni che lo richiedano. Sicché, se da un lato la violazione di tali regole potrebbe, di fatto, non condurre a configurare rimproveri colposi, in quanto le esigenze del caso concreto richiedevano di discostarsi dalle stesse o anche perché comunque tali regole non avrebbero avuto efficacia salvifico-preventiva; per converso, è possibile che malgrado l'osservanza dei *dicta* preventivo-cautelari, il soggetto risponda comunque dell'evento, in quanto non ha considerato talune caratteristiche che gli avrebbero richiesto di discostarsi e/o adeguare le direttive contenute nei protocolli e/o linee guida⁵⁶. Ed è proprio in quest'ultimo tipo ipotesi che potrebbero residuare dei margini di colpa (professionale) non "specifica", bensì "generica"⁵⁷ (*sub specie* di "imperizia esecutiva")⁵⁸.

Nella medesima direzione la dottrina che si è occupata del tema ha precisato che

⁵⁵ Il medico ha il dovere-potere di discostarsi dalle linee guida in virtù del c.d. *standard of care*. Sul punto v. M. Caputo, "Filo d'arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., 15. V. anche R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 521. Sul possibile concorso cumulativo tra regole cautelari, v. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies*, in www.la legislazione penale.eu 7.12.2017.

⁵⁶ Si tratta comunque di situazioni che devono rimanere distinte. Un conto è, infatti, se la direttiva contenuta nella linea guida e/o nei protocolli si dimostri essere inefficace rispetto al caso concreto; per cui, anche se rispettata, non avrebbe comunque scongiurato l'evento infausto. In ipotesi di tal tipo ciò che verrà a mancare non sarà tanto la struttura e/o natura di regola cautelare o la colpa come inosservanza soggettivamente esigibile, «quanto piuttosto il nesso di evitabilità e di rischio tra regola cautelare pur sempre vigente *ex ante* e il risultato concreto». Diverso è, invece, il caso in cui il discostamento o l'adeguamento della linea guida e/o protocollo appariva essere soggettivamente esigibile e nondimeno non realizzato dall'agente concreto che si è al contrario limitato a seguire pedissequamente i *dicta* protocollari. In ipotesi di tal tipo ciò che veramente manca è «la colpa come inosservanza soggettivamente esigibile e obiettivamente dovuta partendo dalle conoscenze disponibili *ex ante*». Sul punto v. M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., III. D'altro canto, R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 524 specifica che la situazione di rischio muti costantemente e a tale mutamento deve corrispondere il costante adeguamento del comportamento dovuto, con la conseguenza che si pone per qualsiasi regola la necessità fisiologica di essere adattata.

⁵⁷ In dottrina si parla a tal proposito di "residuo di colpa" in relazione ad una colpa generica che permane nonostante che il soggetto abbia rispettato le regole cautelari (per lo più elastiche) poste dalla fonte scritta. Sui profili della ammissibilità v. R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 543 ss.; D. Castronuovo, voce *Colpa Penale*, cit., *passim*, spec. 220. Per una critica all'impiego sul ruolo ancillare della colpa generica come "*culpa generalis*" v. D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 229.

⁵⁸ La "imperizia" verrebbe, nella sostanza, a coincidere con la "colpa professionale": la necessità (*recte*: possibilità) di discostarsi dalle direttive previste nei vari protocolli e/o linee guida deriva, infatti, dal *background* tecnico-professionale di cui l'operatore dispone in virtù della professione svolta. Per una ricostruzione sul concetto di imperizia v. O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 646 ss., secondo cui si tratterebbe di «un concetto composito e sfuggente che presuppone la combinazione tra "saper fare" e "sapere come fare", competenze teoriche e competenze pratiche, *technical skills* e non *technical skills* [...]». Quanto alla giurisprudenza, fondamentale è la Cass. 11.2.2020 n. 15258 secondo cui «[i]n tema di differenziazione dei profili di colpa generica, la perizia costituisce un connotato tipico di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni di contesto, fermo restando che, in ogni caso, il giudice deve esplicitare l'origine dell'errore determinante la colpa e che la persistenza di uno stato di dubbio implica l'applicazione del canone del *favor rei*». Tale pronuncia sembra, in effetti, avallare la tesi dottrinale secondo cui l'imperizia costituirebbe, in materia medica, sinonimo di colpa professionale (salvo prova contraria). Sui rapporti tra colpa generica e colpa specifica in materia di responsabilità medica da ultimo D. Micheletti, *op. cit.*, 158.

essendo le linee guida rivolte alla migliore cura del “paziente” (e non, invero, della “malattia”) la loro natura non è tale da «esaurirle in uno specifico riferimento a contenuti regolativi, ma aspira a esercitare una funzione [...] valoriale»⁵⁹. In effetti, proprio il fatto che la medicina costituisca una scienza “idiografica”⁶⁰ fa sì che le *guidelines* non possano, per definizione, limitarsi ad indicare l’osservanza della regola cautelare: queste servono più correttamente ai fini della «riconducibilità dell’attività [...] in una sfera di rischio consentito. Sfera che a quel punto legittim[a] un diverso bilanciamento tra rischio e responsabilità [...] da condurre su un piano ben distinto e successivo, dunque, rispetto a quello del [mero] rispetto delle linee guida»⁶¹.

Ad una valutazione di ordine generale, ci pare che tale approccio sia condivisibile per una serie di motivi. In primo luogo perché rispetta e rispecchia la natura “elastica” e “dinamica” delle (potenziali) regole cautelari che stiamo esaminando, per cui si parla di disposizioni che richiedono di essere adattate alle circostanze del caso concreto. In secondo luogo perché l’operatore si trova spesso di fronte regole protocollari e/o linee guida che impongono prassi e/o procedure concertate in un’ottica non solo prevenzionistica, ma anche precauzionale e addirittura economico di impresa⁶². In terzo luogo perché, se si ragionasse diversamente si favorirebbe la c.d. medicina difensiva con l’effetto di deresponsabilizzare i vari operatori: questi sarebbero, infatti, indotti a seguire passivamente e acriticamente gli *standard* suggeriti dalle linee guida; ciò evidentemente per porsi al riparo da eventuali controversie giudiziarie. *Last but not least*, l’aspetto più rilevante: si tratta di un approccio che risponde all’esigenza di “concretizzazione della colpa” avendo riguardo al piano della prevedibilità ed evitabilità, senza peraltro tralasciare quello dell’esigibilità.

Ciò posto, tentiamo di comprendere le ricadute pratiche della conclusione cui siamo giunti in relazione alle linee guida che stiamo esaminando.

5. Alla luce di quanto esposto nel paragrafo che precede si comprende che il rischio che riemerge una “colpa generica” permane⁶³. Il germe di tale colpa si annida principalmente nella struttura “aperta” ed “elastica” delle disposizioni anti-contagio⁶⁴.

⁵⁹ M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 162.

⁶⁰ A.R. Di Landro, *op. cit.*, 140

⁶¹ G. Forti, *Sensemaking e responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, in Liber Amicorum *Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura e G. Salcuni, Pisa 2020, 327 ss., 340 (testo citato da M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 162).

⁶² Sul punto D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 236 ss.

⁶³ Così anche C. Cupelli, *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 352 il quale, in questo senso, evidenzia come comunque rimanga una quota di “colpa generica” legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni e alla necessità di adeguarle al caso concreto per il tramite di una adeguata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa anche alla vigilanza del rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica della loro idoneità allo scopo. Si tratta, tuttavia, di un’eventualità messa in conto e che, in realtà, non sorprende più di tanto, se si considera peraltro che la maggior parte delle regole contenute nel T.U.S.L., per rendersi davvero effettive, necessitano di essere concretizzate e adattate al contesto aziendale di riferimento. Così V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 9; v. anche S. Dovero, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell’emergenza da Covid-19*, cit.

⁶⁴ Le formule imperative sono, infatti, utilizzate in relazione solo a talune misure tra le quali spicca senz’altro la necessità di sanificare gli ambienti e a quella di assicurare il distanziamento sociale. Per il resto prolifera l’impiego di espressioni piuttosto vaghe e indefinite quali, ad esempio, “il personale potrà”, “va ridotto, per

Si tratta, tuttavia, di un dato che, in realtà, non stupisce più di tanto. Costituisce, d'altronde, un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza⁶⁵, e condiviso anche in parte dalla dottrina⁶⁶ quello secondo cui le modalità di accertamento della colpa in relazione alla violazione di regole si positivizzano, ma dal contenuto elastico e dinamico, si avvicinano molto a quelle della "colpa generica"⁶⁷.

Sicché, nonostante sia vero che l'incertezza scientifica impedisca di formulare addebiti colposi in relazione a soggetti che hanno rispettato le disposizioni cautelari contenute nei protocolli, è altrettanto vero che la medesima incertezza non potrà giustificare comportamenti "negligenti" e/o soprattutto "imperiti" quanto al piano di attuazione e controllo delle misure. Per andare esente da responsabilità il datore di lavoro non può, dunque, limitarsi a recepire, in maniera meramente formalistica, i protocolli: egli deve, al contrario, approntare, in un'ottica personalistica (d'impresa), misure adeguate di prevenzione e controllo del rischio di contagio che tengano conto dello specifico ambiente lavorativo, del numero di dipendenti, dell'attività lavorativa espletata, ecc.⁶⁸.

Nondimeno, si ritiene opportuno palesare un dato. Il fatto che le linee guida possano

quanto possibile", ecc. Sul punto v. V. Mongillo, *op. cit.*, 25 ss. Invero una disposizione che non viene spesso valutata che, probabilmente necessiterebbe di un adeguato approfondimento, soprattutto in relazione ad un eventuale obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi, è quella che concerne la costituzione in azienda di un "comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS". Sulla struttura delle disposizioni contenute all'interno di tali protocolli v. S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in www.giustiziainsieme.it 4.5.2020 il quale specifica «esse svolgono in primo luogo una funzione di descrizione di un ambito 'sensibile', meritevole di essere governato [...]; in secondo luogo hanno una funzione di supporto, offrendo indicazioni operative ritenute pertinenti ed utili al governo del rischio, e tuttavia lasciando ampi spazi alla discrezionalità dei datori di lavoro in merito alle modalità della sua attuazione [...]; infine, alcune di esse presentano la struttura tipica del comando [...]». La struttura di tali disposizioni conduce parte della dottrina ad assumere toni maggiormente disillusi in relazione alla valenza di tali linee guida (così, O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.).

⁶⁵ *Ex multis* v. Cass. 6.9.2021 n. 32899.

⁶⁶ Sul punto, *ex multis*: M. Gallo, voce *Colpa penale*, in *ED*, VII, 1960, 624, 642 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 236 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 389, 397 s.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 315; A.R. Di Landro, *op. cit.*, 128.

⁶⁷ Con parole simili D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 219-220 cui si rinvia per maggiori approfondimenti circa anche l'impiego e il frequente utilizzo di clausole "generali" ed "elastiche". Continua, peraltro, l'Autore specificando che ciò avviene specialmente in taluni settori (tra cui spicca senz'altro anche quello lavorativo, oltre che a quello stradale), in cui sempre più spesso si contesta una (pretesa e/o presunta) "colpa specifica" in riferimento alla trasgressione di regole che, seppur scritte, presentano uno spettro preventivo talmente largo e indefinito da richiedere una necessaria integrazione da parte delle comuni regole di diligenza, prudenza o imperizia. Tali regole, poi, nonostante siano diverse da quelle fondate sulla trasgressione di cautele rigide, ne condividerebbero nondimeno l'effetto aggravatore sul piano del trattamento sanzionatorio. Rispetto al caso che stiamo vagliando, la possibilità di contestare l'aggravante deriva, tuttavia, a prescindere dall'art. 29-bis, in cui si stabilisce una *liaison* tra l'art. 2087 Cc e il rispetto stesso dei protocolli anti-contagio. In questo senso, v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 388.

⁶⁸ Si consideri, ad esempio, la disposizione che prevede l'obbligo di utilizzare i guanti: questa doveva (e deve) essere evidentemente calibrata in base alle specifiche peculiarità ed esigenze lavorative per evitare rischi di *cross contamination*. Non si ritiene di dover, peraltro, escludere la possibilità di avere a che fare con comportamenti che, oltre che imperiti, siano anche negligenti considerando la necessità di intervenire assicurando non solo un'efficace attuazione delle misure, ma anche un loro adeguato mantenimento. Così: C. Cupelli, *Covid-19 e responsabilità colposa*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 388; V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 9.

costituire delle misure cautelari a carattere aperto e *in progress*⁶⁹, se da un lato, mina il principio di tassatività e determinatezza⁷⁰ lasciando di fatto all'interprete il compito di riempire di contenuto il "dovere di diligenza"⁷¹; dall'altro conduce alla necessità, per quest'ultimo, di ricalibrare il giudizio sulla colpa (in un'ottica oggettiva e soggettiva) in base alle circostanze del caso concreto. Passaggio quest'ultimo che, probabilmente, il giudice potrebbe ritenere di non dover compiere se si trovasse di fronte a regole cautelari dal contenuto "rigido"⁷².

In ciò potrebbe, in effetti, cogliersi una sorta di pseudo-garantismo delle regole cautelari a contenuto "elastico". A fronte, infatti, di accertamenti che sono sempre più attenti a verificare la dimensione normativa della colpa (per cui si accerta la mera conformità delle condotte alle regole cautelari)⁷³, tali regole se da un lato conducono alla necessità di realizzare un giudizio che, nel concreto, accerti (e di fatto recuperi) la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento; dall'altro, potrebbero in effetti dimostrarsi maggiormente idonee a soddisfare l'esigenza di realizzare un accertamento sull'esigibilità in un'ottica situazionale⁷⁴.

L'idea di contrastare l'incertezza tramite un rigido e capillare armamentario cautelare costituisce una costante del "diritto penale moderno" che non sempre riesce, tuttavia, a rispettare la natura di Giano bifronte (del giudizio di accertamento) della colpa. Ciò, soprattutto se si considera che nella maggior parte delle ipotesi si è in presenza di regole che, malgrado siano ispirate all'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁷⁵, sono nella sostanza poco soggettivizzabili. Sicché, spesso (anche se non

⁶⁹ A. Gargani, *op. cit.*, cit., 422.

⁷⁰ Come fatto notare da D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 318 un guadagno di determinatezza è conseguibile solo laddove la norma positivizzata fornisca una regola modale di comportamento preventivo, ossia un modello di condotta diligente fondato su uno *standard* cautelare tendenzialmente "rigido" ed "esaustivo". V. anche F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 233 ss.

⁷¹ F. Giunta, *Illecito e colpevolezza*, cit., 169; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., *passim*; Cornacchia, *op. cit.*, 506.

⁷² Ritengono imprescindibile la verifica della prevedibilità e dell'evitabilità anche nella colpa specifica: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 235; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 178; N. Mazzacava, *Il disvalore nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 283. In un'ottica diversa, v. C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, cit., *passim*; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 387. Più in generale, sul giudizio di "concretizzazione della colpa": M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 8; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., *passim*; Cornacchia, *op. cit.*, 509; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 314 ss. il quale, dopo aver detto che l'osservanza della regola scritta non sarà mai, di per sé, sufficiente a escludere la sussistenza della colpa, specifica che occorre considerare le circostanze del caso concreto; ciò in relazione sia alle norme "rigide", ma soprattutto avendo riguardo a quelle "elastiche". Sul punto v. anche G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 237-251.

⁷³ Avallano l'idea secondo cui l'inosservanza di regole preventivo-cautelari costituisca l'"essenza" del reato colposo *ex multis*: M. Gallo, *op. cit.*, 624, spec. 636 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 166 ss., 193 ss. Per avere conferme prasseologiche sulle dominanti tendenze oggettivizzanti v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 568 ss. e le citazioni giurisprudenziali *ivi* riportate.

⁷⁴ M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 130 ss.; Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 116 ss., 451 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., *passim*; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 339 ss. (parte III).

⁷⁵ Sulla distinzione tra il concetto di "agente modello" e quello di *homo eiusdem professionis et condicionis* v. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 7 ss. secondo cui solo quest'ultimo è *ab origine* adeguato a pretese soggettivizzabili e differenziabili per categorie di soggetti. Si deve, peraltro, chiarire che lo *standard* oggettivo concernente la riconoscibilità, prevedibilità ed evitabilità dell'evento (che sono alla base del meccanismo genetico delle regole cautelari) subisce una prima soggettivizzazione già a livello di fatto tipico in quanto questi

sempre)⁷⁶ è l'esigibilità (che è stata correttamente definita come la "Cenerentola del diritto penale"⁷⁷) a (poter) far pendere l'ago della bilancia nell'ambito del giudizio in concreto sulla colpa. Esigibilità che, come fatto notare da miglior dottrina, dovrà essere valutata in termini, se non soggettivi e/o personali, quantomeno, appunto, "situazionali"⁷⁸.

Tali conclusioni trovano un riscontro se poste al confronto con le linee guida che stiamo esaminando.

In relazione ai potenziali futuri giudizi colposi (per "colpa specifica") risulterà, invero, piuttosto difficile realizzare accertamenti che tengano sul piano positivo dell'evitabilità del danno, e quindi sull'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita: l'incertezza scientifica sulle modalità di trasmissione del virus renderà, infatti, complicato (anche se non, in effetti, del tutto impossibile)⁷⁹ comprendere e stabilire cosa sarebbe successo laddove si fossero tenute le condotte prescritte dai vari protocolli⁸⁰.

Per altri versi, il rischio che riemerge un addebito per "colpa generica" potrebbe, invece, essere contrastato avendo riguardo al piano (oltre che della prevedibilità in

aspetti sono parametrati sul c.d. *homo eiusdem professionis et condicionis*. In questo modo, la misura c.d. oggettiva della colpa va apprezzata come misura oggettiva-soggettiva. Così, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 221 ss.; anche M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 137 ss.

⁷⁶ Un ruolo chiave giocano anche la prevedibilità e soprattutto (per quanto a noi interessa) l'evitabilità con cui si taglia la tenuta della regola sul piano della condotta alternativa lecita. A.R. Di Landro, *op. cit.*, 106, 167 il quale specifica che le linee guida sono costruite in funzione di un effetto tipicamente clinico o terapeutico e non già in funzione dell'evitabilità dell'evento morte o lesioni. Sicché, per evitare di cadere nel *versari*, queste devono essere "ristrutturate" in senso preventivo.

⁷⁷ O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 9.

⁷⁸ M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 145. Sul punto v. anche A.R. Di Landro, *op. cit.*, spec. cap. II, IV; in particolare l'autore evidenzia a p. 127 l'incapacità delle regole cautelari di esaurire la qualificazione dei casi concreti per l'enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta (cita in questa maniera G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 250). D'altro canto, O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 8 quanto proprio all'esigibilità realizza una distinzione tra un "prima" (convenzionalmente riferibile al periodo che intercorreva tra l'inizio dell'emergenza e l'inizio dell'estate 2020) e un "dopo".

⁷⁹ Invero, come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine, le difficoltà maggiori si riscontrano sotto il profilo causale laddove si venga ad avere a che fare con condotte omissive in relazione alle quali si rende necessario verificare l'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita con un livello di certezza, quanto meno ad avviso di parte della dottrina, superiore rispetto a quello che si ha rispetto ad un accertamento colposo. Sul tema dello standard probatorio in relazione alle condotte omissive, nel panorama dottrinale, si sono prospettate diverse tesi. Secondo un primo orientamento (sostenuto da F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2001, cit., 374, spec. 387; con note leggermente diverse v. Id., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 2000, 377 ss., spec. 388) è necessario verificare se la condotta alternativa lecita avrebbe impedito la verificazione dell'evento in misura prossima alla certezza. Secondo, invece, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'"imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 3 ss., cit., 20 ss. sarebbe sufficiente dimostrare che il comportamento rispettoso della regola cautelare avrebbe diminuito il rischio di verificazione dell'evento. Infine, ad avviso di M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione dell'evento «per l'aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 32 ss., 41 ss. la diversità della struttura tra condotte commissive e omissive dovrebbe riflettersi sul piano dell'evitabilità dell'evento; ciò condurrebbe ad un criterio differenziato di accertamento. Per maggiori approfondimenti sul dibattito, avendo anche riguardo allo specifico tema della sicurezza sul lavoro, v. D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro*, cit., 305 ss.; nonché S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 5.

⁸⁰ O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 9.

concreto anche a quello) dell'esigibilità. Invero, le disposizioni che si esaminano sono oltre che "elastiche", anche "generalì" e "astratte"⁸¹; sicché, nonostante siano poco differenziate rispetto alle diverse figure di agenti modello, sono al contempo perfettamente in grado di plasmarsi, consentendo un'elastica "individualizzazione", già a livello oggettivo, dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Già questa opera di specificazione consentirà, in effetti, di realizzare una prima selezione delle potenziali condotte esigibili; per cui occorrerà considerare non solo le peculiari esigenze di tutela e protezione dei singoli-dipendenti, ma anche le specifiche caratteristiche individuali dei vari datori di lavoro (e quindi, il tipo di attività svolta, i diversi livelli professionali, di conoscenza, abilità, ecc.).

Nondimeno, affinché tale opera di discernimento possa definirsi completa, si renderà necessario considerare il contesto e/o la situazione (di emergenza) in cui i medesimi operatori si sono trovati ad operare; ciò, evidentemente, proprio al fine di comprendere se fossero esigibili (in un'ottica appunto situazionale) condotte alternative rispetto a quelle realizzate⁸². E invero, è proprio avendo riguardo a quest'ultimo piano che si ritiene di dover ribadire l'esclusione della possibilità di richiedere all'imprenditore di realizzare qualsivoglia valutazione e/o sforzo ontologico-creativo riguardo ad ulteriori potenziali misure anti-contagio⁸³. Una richiesta di tal tipo si arresta, infatti, in virtù tanto dell'eccezionalità della situazione di emergenza pandemica, quanto dell'incertezza scientifica, nonché dell'inesperienza tecnico-professionale ("assoluta" in relazione alla fase-uno e "relativa" rispetto alla fase-due) dei vari datori di lavoro⁸⁴. Tutti questi aspetti dovranno, dunque, essere valutati e considerati dall'interprete, se non sul piano della prevedibilità ed evitabilità in concreto, quantomeno appunto su quello soggettivo dell'esigibilità. Il rischio,

⁸¹ Quantomeno quelle contenute all'interno dei protocolli generali anti-contagio; un discorso a parte potrebbero meritare quelle più specifiche che si sono pure enunciate all'interno della nota 12.

⁸² Riemerge, in questo senso, la necessità di un arricchimento soggettivo del giudizio di colpa. D'altronde, la violazione delle cautele altro non rappresenta se non un «indizio della colpa soggettiva, o meglio: della colpa come elemento soggettivo [...] culturalmente, concettualmente, operativamente bisogna [dunque] essere aperti e non chiusi al secondo possibile momento di valutazione di una diversa esigibilità soggettiva e personale» Così: M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 5, 11. V. anche Id., *Teoria del reato*, cit., spec. 348 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 197, spec. 203.

⁸³ Qui si interpone, peraltro, il discorso riguardante lo *standard* di perizia esigibile. Sul tema si scontrano invero due tesi: da un lato, si potrebbe ritenere che tale standard debba essere parametrato alle conoscenze diffuse della cerchia di professionisti (c.d. orientamento "socio-esperienziale" che, di fatto incarna, quanto al diritto penale del lavoro, il principio della "massima sicurezza ragionevolmente praticabile"); dall'altro, che il professionista debba guardare alle conoscenze più evolute nel suo settore (c.d. orientamento "normativo-deontico" che, al contrario, incarna il principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"). La prima tesi (ormai recessiva) è, nello specifico, avallata da F. Giunta, *Illecito e colpevolezza*, cit., 245; quanto alla seconda v. G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *RIDPP* 2005, 29 ss., 40, 47, 49. Per una ricostruzione del dibattito v. ancora O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 648-649. V. anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 291 ss., 296; R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 535; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 222.

⁸⁴ L'osservanza di regole precauzionali e l'aggiornamento tecnologico riguardano, infatti, anche la colpa come elemento soggettivo in funzione della colpevolezza non esaurendosi nell'elemento oggettivo del fatto. Così M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 135, 148 in cui specifica che la c.d. "misura soggettiva della colpa" è la vera misura della colpa *homo eiusdem professionis et condicionis*: una colpa esclusivamente oggettiva del tutto unitaria sarebbe infatti espressione di un livello di rischio o antigiuridicità, ma non colpa come componente di un livello umanistico.

altrimenti, è quello di far riemergere, sotto mentite vesti, accertamenti guidati dal “senno di poi”, o ispirati ad una logica “precauzionale”⁸⁵ o di “prevenzione generale”⁸⁶.

Attenzione, però. Tale discorso non conduce a concepire l’art. 29-bis come una sorta di “norma-scudo”: se da un lato, infatti, si può ragionevolmente escludere che il datore di lavoro debba adottare misure diverse da quelle previste nei protocolli, al contempo, non si dubita che lo stesso sia, comunque, chiamato ad “calibrare” tali misure ai singoli contesti lavorativi⁸⁷.

⁸⁵ Si riconsideri, infatti, come il buio cognitivo (che ha caratterizzato soprattutto la prima fase della pandemia) apra le porte al concetto di precauzione. Sul tema v. D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit.

⁸⁶ M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 3.

⁸⁷ Tale opera di adattamento potrà, poi, eventualmente tradursi in una revisione (totale o parziale) dell’assetto organizzativo interno-aziendale, ed eventualmente, laddove ciò si renda necessario, anche ad un aggiornamento del D.V.R. (documento di valutazione dei rischi) e/o del D.U.V.R.I. (Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenti). Invero, la possibilità/dovere di aggiornare la valutazione dei rischi non è oggetto di visione unanime in dottrina e giurisprudenza (non solo italiana). Per una ricostruzione del dibattito v. S. Dovere, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in www.giustiziainsieme.it 22.4.2020. Sul tema: R. Guariniello, *La sicurezza del lavoro al tempo del coronavirus*, Milano 2020, 5 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, 28 ss.; O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 11 ss. avallano la tesi cui dovrebbe esserci un aggiornamento. In giurisprudenza v. Trib. Matera, Sez. lav., 14.9.2020, n. 1107. Quanto alla tesi contraria v. P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in www.giustiziacivile.com 17.5.2020; P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 392. Argomenti simili a quelli sostenuti dalla dottrina italiana per giustificare il dovere di aggiornamento sono quelli portati dalla dottrina spagnola in relazione alla possibilità di far rientrare il rischio di contagio da Covid-19 tra i rischi che devono essere valutati nel piano della prevenzione. In particolare si considera quanto previsto nell’ambito della Ley 31/1995 del 8 novembre sulla prevenzione dei rischi lavorativi (LPRL) in cui all’art. 4 dopo aver definito il rischio lavorativo come «*la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*» si specifica che si devono considerare «*daños derivados del trabajo las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo*». Sicchè dalla formula “*con motivo u ocasión del trabajo*” si desume la possibilità di ricomprendere anche il rischio di contagio da Covid-19. Si considera poi, il RD 664/1997, del 12 maggio, che riguarda la protezione dei lavoratori contro i rischi connessi all’esposizione ad agenti biologici e anche, in questo caso, si sostiene che tra i vari agenti che devono essere considerati rientra anche la famiglia del *coronaviridae* (allegato 2 del RD 664/1997). Si considera, altresì, il “*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*”, pubblicato per la prima volta dal Ministero della Salute il 28 febbraio 2020 e che ha poi, nel corso del tempo, subito diverse modifiche e/o integrazioni. All’interno di tale documento si stabilisce che «*corresponde a las empresas evaluar el riesgo de exposición en que se pueden encontrar las personas trabajadoras en cada una de las tareas diferenciadas que realizan y seguir las recomendaciones que sobre el particular emita el servicio de prevención, siguiendo las pautas y recomendaciones formuladas por las autoridades sanitarias*». Si adduce, poi, quanto previsto nella “*Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus*” pubblicata dal Ministero del lavoro e dell’economia in cui si stabilisce che «*las empresas deberán adoptar aquellas medidas preventivas de carácter colectivo o individual que sean indicadas, en su caso, por el servicio de prevención de acuerdo con la evaluación de riesgos, esto es, en función del tipo de actividad, distribución y características concretas de la actividad que la empresa realice*». Peraltro, nella medesima Guida si ritiene che il rischio di contagio da Sars-CoV-2 possa essere rilevante rispetto all’applicazione dell’art. 21 LPRL. Per una disamina più approfondita v. V. Rodríguez Vázquez, *op. cit.*, 433 ss. In generale sulla sicurezza sul lavoro in Spagna v. J. I. González Cussac, *La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell’ordinamento penale spagnolo*, in *Crim.* 2014, 307 ss.; O. Morales, *Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo*, in *Ibidem*, 365 ss.; C. Vidales Rodríguez, *I reati contro la sicurezza e l’igiene sul lavoro nella legislazione spagnola*, in *Ibidem*, 401 ss. Quanto alla normativa francese, si deve considerare che il codice del lavoro francese (*code du travail*) prevede che il datore di lavoro debba prendere le misure necessarie «*pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale des travailleurs*» (articolo L. 4121-1). Avendo riguardo, più specificamente, alle misure da adottare per evitare la contaminazione da Covid-19, occorre considerare l’articolo R. 4422-1 del Codice del lavoro secondo cui «*l’employeur prend des mesures de prévention*

Nessuna “norma-scudo”, quindi. Ma, probabilmente, uno strumento di tal tipo neppure servirebbe, se si considerano le (insanabili) aporie sul piano di un eventuale accertamento del nesso di causalità.

6. Sul difficile (se non quasi impossibile) accertamento del nesso di causalità ci siamo, invero, soffermati già in altre sedi, avendo però riguardo al delitto di epidemia. È utile a questo punto fare un breve bilancio, avendo riguardo ai reati contro l'incolumità individuale.

Si è visto come lo strumento delle linee guida (/protocolli) si sia dimostrato essere particolarmente utile e confacente a fronte delle esigenze di tutela e protezione che si sono manifestate in virtù della pandemia. Il buio cognitivo e predittivo circa i canali di trasmissione del virus preclude, infatti, la possibilità di formulare regole cautelari rigide e predeterminate che siano capaci di esonerare l'interprete dal dover, poi, intervenire nel concreto accertando la prevedibilità, nonché l'evitabilità dell'evento, oltre che la concreta esigibilità di un comportamento alternativo rispetto a quello tenuto.

Tale buio produce evidentemente delle conseguenze anche (ma forse, soprattutto) sul piano dell'accertamento del nesso di causalità; regno in cui, per eccellenza, governano le leggi scientifiche di cui il giudice dovrebbe essere mero “consumatore” e non anche “produttore”⁸⁸.

Invero, è proprio avendo riguardo al tema dell'incertezza scientifica, che si ritiene opportuno evidenziare un dato: l'impossibilità di trovare una condizione conforme a leggi (o a massime di esperienza) che sia in grado di spiegare l'evento di contagio escludendo decorsi causali alternativi preclude, già *ex ante*, qualsivoglia discorso sul (possibile) accertamento del nesso di causalità, quantomeno nel diritto penale⁸⁹.

Ci si potrebbe, in effetti, fermare qui; ma cerchiamo di chiarire meglio ciò che si intende dire.

I dati di cui attualmente si dispone ci derivano principalmente da studi epidemiologici (s)volti al fine di sviluppare sistemi di prevenzione e controllo del virus avendo riguardo alla salute pubblica⁹⁰. Si tratta, in particolare, di indagini che se, da

visant à supprimer ou à réduire au minimum les risques résultant de l'exposition aux agents biologiques, conformément aux principes de prévention énoncés à l'article L. 4121-2». Per maggiori approfondimenti sulla responsabilità del datore di lavoro v. <https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/responsabilite-de-l-employeur-droit-de-retrait>.

⁸⁸ Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, cit., 153.

⁸⁹ Sul tema dell'impiego delle leggi scientifiche nel processo penale in Italia v. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit.; Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit.

⁹⁰ Sull'impiego dell'epidemiologia nell'ambito del diritto penale si vedano i fondamentali lavori di: L. 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.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche ed imputazione causale - Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma 2015; Id., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018. In particolare, quest'ultimo si è recentemente espresso nel seguente modo: «non paiono esservi particolari **ostacoli di ordine testuale**, nella lettera degli artt. 589 e 590 Cp, per ritenere che, una volta raggiunta la certezza in ordine al numero di eventi lesivi in eccesso, questi possano essere ricondotti ai corrispondenti reati contro la persona, vuoi attraverso lo

un lato, ci assicurano oggi la possibilità di circolare (e di vivere) liberamente, non sono al contrario certamente capaci di fondare un addebito penale: ciò, sia per il modo in cui sono realizzate⁹¹ (seguendo in un'ottica non certamente causale, ma appunto di prevenzione, studio e analisi della patologia nella popolazione); sia perchè non sono capaci di rispondere ad alcune domande *sine qua* sarebbe impensabile formulare qualsivoglia tipo addebito (a prescindere da chi sia il soggetto passivo, se una "classe di soggetti indeterminata" o un "singolo soggetto individuale").

La situazione, probabilmente, non muterebbe neppure nel caso in cui si pensi di approntare uno studio epidemiologico "su misura": si tratterebbe, infatti, di studi con oggetto popolazioni (coorti) con un numero di soggetti (ovviamente, a seconda dei casi, più o meno) ridotto e per le quali non si potrebbe escludere, con ragionevole certezza, la presenza di "fattori di confondimento" capaci di falsare i dati di cui si dispone⁹².

schema concettuale dell'accertamento alternativo della vittima, vuoi comunque ragionando in termini di vittime non identificate»; così: S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 7.

⁹¹ Sul punto si permetta un rinvio a M. F. Carriero, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *RIDPP* 2017, 1087 ss. Si consideri, inoltre, che proprio sull'impiego dell'epidemiologia e della statistica in ambito giuridico, sia attualmente in atto un dibattito tanto a livello giuridico, quanto sul piano epistemologico, in America. Tale dibattito riguarda, invero, più correttamente l'impiego della c.d. SS (*statistical significance testing*) e in particolare del suo strumento più celebre, il *P value* di Fisher. Sul punto v. le interessanti sentenze di: *Matrixx v. Siracusano* del 2011 e *Brnovich v. Dnc* 2021.

⁹² Sul tema, v. O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in www.sistemapenale.it 22.6.2020, par. 3, in cui afferma che «[s]ospetto che non funzionerebbe neppure il modello Masera-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.)**. Soltanto nelle poche ipotesi in cui sarà possibile ravvisare con certezza il nesso causale, avrà quindi ragione di porsi il problema della colpa.» [grassetti aggiunti]. Si rinvia, inoltre, a G. Battarino, A. Natale, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in www.questionegiustizia.it 17.7.2020, spec. par. 3.1, laddove si afferma che: «[s]i 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?». *Contra*: S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., 17 secondo cui «[l]a diffusa ritrosia ad accettare (e talvolta anche solo a prendere seriamente in considerazione) questa impostazione, sembra piuttosto discendere dalla mancata distinzione tra due ipotesi: quella in cui si utilizzi uno studio epidemiologico, effettuato su una qualunque popolazione nel mondo e in qualunque momento storico, come base di una legge scientifica di copertura; e quella in cui si abbia a disposizione uno studio epidemiologico effettuato *ad hoc*, ossia sulla specifica popolazione nel cui contesto si ipotizza siano stati commessi uno o più reati contro la persona. In quest'ultimo caso, come già osservato, lo studio epidemiologico mette a disposizione del giudice due diversi dati: il rischio relativo, ossia l'aumento del rischio di ammalarsi; e il numero attribuibile, ossia l'eccedenza numerica di casi registrati rispetto a quanto, a parità di condizioni, è accaduto nel resto della popolazione. Se poi lo stesso studio è anche in grado di affermare che, in presenza di misure preventive, questa eccedenza si sarebbe ridotta, ecco allora che non si vedono particolari ostacoli ad affermare che la condotta doverosa omessa avrebbe evitato, oltre ogni ragionevole dubbio, un certo numero di eventi lesivi, non identificabili ma certamente quantificabili. Resta ovviamente il problema dei risarcimenti, che non potrebbero essere assegnati in assenza di identificazione delle vittime, ma questo è un tema che, di per sé, resta estraneo alla responsabilità penale in senso stretto». Sul tema v. inoltre: G. M. Marzano, *Brevi note sulla*

Volendo entrare più nel dettaglio, la scienza attualmente ci dice che: il Covid-19 è di malattia mono-fattoriale provocata da una causa unica (Sars-CoV-2); generalmente il virus viene trasmesso attraverso (macro-)goccioline di diametro superiore a 5-10 µm, (c.d. goccioline respiratorie o *dropless*), ma può anche accadere che venga trasmesso con goccioline più piccole (c.d. nuclei di goccioline o *aerosol*)⁹³; seppur si siano fatti dei passi avanti, ancora non vi sono certezze circa le tempistiche di resistenza del virus sulle varie superfici ospitanti⁹⁴; a determinate pre-condizioni (che invero riguardano lo stato pregresso di salute dei soggetti recettori)⁹⁵ tale malattia può provocare delle lesioni gravi o gravissime e addirittura la morte; i sintomi più comuni sono febbre, tosse secca e stanchezza, ma ve ne sono anche altri come congestione nasale, mal di testa, congiuntivite, mal di gola, perdita di gusto, eruzioni cutanee, ecc.; non esiste ancora una terapia curativa, sicché l'unico strumento di cui si dispone è il vaccino⁹⁶.

Tutto qui, la scienza non è in grado di dirci "altro"! E però, in relazione ad un evento che presuppone, di fatto, un accertamento medico-scientifico sul piano dell'incidenza causale di un (mero) contatto su un evento (di morte e/o lesioni), "altro" non potrà neppure evidentemente dire né un potenziale perito, né tantomeno il giudice.

Qualsivoglia discorso tanto sul piano del "metodo" di accertamento del nesso causale (es. procedimento di eliminazione mentale, necessità di individuare una condizione *sine qua* l'evento *hic et nunc* non si sarebbe verificato, ecc.), quanto su quello dei "principi" (regola dell'oltre il ragionevole dubbio) cade, pertanto, di fronte a questa incolmabile incertezza sul piano scientifico. Perfino il *garantismo* della *condicio sine qua non* (volendo riprendere il titolo di una autorevole dottrina⁹⁷) si

prova della causalità nel contagio da Covid-19, in *Cass pen.* 2020, 3115; e ancora M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, cit., 22.

⁹³ Sul punto v. https://covidreference.com/transmission_it.

⁹⁴ Sul tema è interessante lo studio di N. v. Doremalen, J. O. Lloyd-Smith, V. J. Munster, *Aerosol and surface stability of HCoV-19 (SARS-CoV-2) compared to SARS-CoV-1*, in *N Engl J Med* 382, 16.4.2020, 1 ss. In cui si pongono al confronto il Sars-CoV-1 e il Sars-CoV-2 secondo cui «SARS-CoV-2 was more stable on plastic and stainless steel than on copper and cardboard, and viable virus was detected up to 72 hours after application to these surfaces although the virus titer was greatly reduced [...]. The stability kinetics of SARS-CoV-1 were similar [...]. On copper, no viable SARS-CoV-2 was measured after 4 hours and no viable SARS-CoV-1 was measured after 8 hours. On cardboard, no viable SARS-CoV-2 was measured after 24 hours and no viable SARS-CoV-1 was measured after 8 hours. [...] The longest viability of both viruses was on stainless steel and plastic; the estimated median half-life of SARS-CoV-2 was approximately 5.6 hours on stainless steel and 6.8 hours on plastic [...] We found that the stability of SARS-CoV-2 was similar to that of SARS-CoV-1 under the experimental circumstances tested. This indicates that differences in the epidemiologic characteristics of these viruses probably arise from other factors, including high viral loads in the upper respiratory tract and the potential for persons infected with SARS-CoV-2 to shed and transmit the virus while asymptomatic».

⁹⁵ R. Gandhi, J. Lynch, C. Del Rio, *Mild or Moderate Covid-19*, in *N Engl J Med* 383, 29.10.2020, 2 ss. secondo cui «Risk factors for complications of Covid-19 include older age, cardiovascular disease, chronic lung disease, diabetes, and obesity. It is unclear whether other conditions (e.g., uncontrolled human immunodeficiency virus infection or use of immunosuppressive medications) confer an increased risk of complications, but because these conditions may be associated with worse outcomes after infection with other respiratory pathogens, close monitoring of patients with Covid-19 who have these conditions is warranted.».

⁹⁶ R. Gandhi, J. Lynch, C. Del Rio, *Mild or Moderate Covid-19*, cit. In generale sul tema v. anche V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 2-3. V. inoltre A. Oliva, V. L. Pascali, S. Grassi, M. Marazza, G. Vetrugno, G. Ponzanelli, G. Scambia, R. Cauda, R. D. A. Bellantone, M. Caputo, *La pandemia di covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, cit., par. 3.

⁹⁷ M. Donini, *Il garantismo della c.s.q.n. e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *RIDPP* 2011, 494 ss.

arresta di fronte al buio scientifico-epistemologico: nessuna causa è necessaria e nessuna causa è sufficiente, semplicemente perché non si conosce, già *ex ante*, quale sia lo spettro di condizioni da tenere presente in un potenziale accertamento del nesso.

Proviamo a proseguire oltre tentando di confutare quanto sostenuto, avendo riguardo al piano ontologico.

Come si è già affermato, l'incertezza scientifica si riverbera soprattutto sul piano dell'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita e, quindi, sulla effettiva tenuta delle regole (cautelari) che sono state formulate nel periodo emergenziale. In effetti, soprattutto laddove si abbia a che fare con delle condotte omissive, si renderà pur sempre necessario verificare cosa sarebbe successo se si fosse tenuta la condotta doverosa. Non si può, infatti, prescindere dall'accertamento relativo al "cosa sarebbe successo" se si fossero adottati tutti gli accorgimenti richiesti per prevenire la diffusione del virus: il dipendente Tizio avrebbe contratto ugualmente la malattia, oppure no⁹⁸?

Nondimeno, i problemi permangono anche in relazione alle condotte attive. Si ipotizzi, ad esempio, che si sia in presenza di un *cluster* epidemico per cui un numero X di dipendenti si presume si sia ammalato durante l'attività lavorativa. In ipotesi del genere come si fa a sostenere che il dipendente Tizio si sia ammalato "in occasione o a causa" dell'attività lavorativa se non si esclude, oltre ogni ragionevole dubbio, che lo stesso non ha contratto la malattia in altri modi e/o sedi?

In questo senso, si considerino, a titolo meramente semplificativo, le seguenti occasioni di (inconsapevole) contagio, che dovranno però essere ragionevolmente escluse da parte di una pubblica accusa ai fini della prova del nesso di causalità: il soggetto che è entrato in contatto con soggetti che si trovano in "fase di incubazione" e, nondimeno, sono contagiosi; il soggetto che è entrato in contatto con il falso negativo al tampone per imperizia del farmacista; il soggetto che è entrato in contatto con il falso negativo al tampone molecolare per imperizia del medico; il soggetto che è entrato in contatto con il guarito ma con rischio di recidiva; il soggetto che è entrato

⁹⁸ Si tratta, in effetti, di questioni che trovano uno specifico riscontro nella realtà. Si consideri, in questo senso, quanto sostenuto da Cass. 24.5.2021 n. 20416 in cui si è ritenuto che la motivazione addotta da parte del Tribunale (secondo cui, «in assenza di qualsivoglia accertamento circa l'eventuale connessione tra l'omissione contestata al ricorrente e la seguente diffusione del virus non sia possibile ravvisare la sussistenza del nesso di causalità tra detta omissione e la diffusione del virus all'interno della casa di riposo [...] [n]on è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, ex d.lgs. n. 81 del 2008, art. 27, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi [...] [q]uanto accertato, dunque, non è sufficiente a far ritenere, in termini di qualificata probabilità richiesta in questa sede, la ricorrenza del *fumus* della fattispecie di epidemia colposa») fosse «non incongrua e non illogica, di per sé non sindacabile in sede di legittimità». Si tratta, invero, di un caso in cui era stato contestato il reato di epidemia, in relazione al quale, ad avviso di S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 6.2.2. «la censura formulata dal riesame e avallata dalla Cassazione attiene, più che alla prova della causalità omissiva in senso stretto, ad un accertamento preliminare alla sua verifica, ossia la precisa individuazione delle misure preventive omesse e, di riflesso, la descrizione della condotta alternativa lecita (sulla base della quale, poi, si sarebbe dovuto impostare il controfattuale omissivo vero e proprio, consistente nella sua aggiunta mentale al decorso causale inteso in senso naturalistico). La pronuncia, in conclusione, non pare poter essere valorizzata come esempio delle specifiche difficoltà che circondano l'accertamento della causalità omissiva in termini di efficacia impeditiva della condotta diligente, proprio perché riguarda un caso nel quale, a monte, detta condotta non era stata correttamente ritagliata dall'accusa». Sul tema, in generale, v. anche D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 394.

in contatto l'asintomatico con alta carica virale; il soggetto che ha toccato una superficie "infetta"; ecc.⁹⁹. Se si prescindesse dal richiamo di tali dati, l'effetto sarebbe quello di "pescare" da una sorta di *black box* la spiegazione più plausibile avendo riguardo ai molteplici e potenziali decorsi capaci di spiegare l'evento lesivo, con la conseguenza di avere una tacita adesione ad una *default option* di stampo precauzionale, per cui in caso di incertezza scientifica circa l'incidenza causale di una condotta su un evento, la stessa (condotta) si presumerà sempre essere (etiologicamente) rilevante.

Tali insufficienze si assommano, poi, a delle altre che riguardano, più correttamente, l'accertamento della catena di trasmissione del virus. Al di là della difficoltà di escludere decorsi causali alternativi, occorre infatti considerare l'impossibilità di stabilire, con ragionevole certezza, i tempi e i modi di contrazione della malattia. Il fatto che il virus possa, infatti, passare da un soggetto ad un altro in maniera silente, fa sì ciascun lavoratore possa, in via di principio, essere contemporaneamente "untore" e "recettore"; e quindi non solo una "con-causa", bensì anche "post-causa" della malattia. Il rischio è, dunque, quello di avere una sorta di "retrodatazione" dell'evento-malattia a momenti che potenzialmente nulla o poco hanno a che fare con la reale contrazione della patologia.

Caso probabilmente diverso – come fatto notare da parte della dottrina – potrebbe essere quello in cui i soggetti risiedono e/o lavorino stabilmente all'interno di un unico luogo senza avere rapporto con persone estranee; il che potrebbe verificarsi in alcune strutture chiuse quali, ad esempio, RSA e istituti penitenziari¹⁰⁰. In siffatte ipotesi si potrebbe forse individuare, sulla base dell'utilizzo combinato della "scienza" (e, in specie, di studi epidemiologici "su misura", per i quali sia possibile escludere la presenza di eventuali fattori di confondimento) con la "prova per esclusione", una condizione in grado di spiegare l'evento malattia-infortunio con ragionevole certezza¹⁰¹.

Se escludiamo, però, tali ipotesi e soprattutto alla luce delle considerazioni poc'anzi esposte si può sostenere che il Covid-19 pur costituendo una malattia mono-fattoriale

⁹⁹ Il 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». 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.

¹⁰⁰ Sul tema v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 399-401; V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 18; O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 5; P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, cit., spec. n. 14; S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., 6. Più in generale v. anche: R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in *SP* 7/2020, 85 ss.; Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario: riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *SP* 5/2020, 5 ss.

¹⁰¹ La prova per esclusione viene, in questo modo, usata secondo una duplice prospettiva: *ex ante* in quanto si tratta di escludere fattori di confondimento dell'ambito della "costruzione" degli studi epidemiologici; ed *ex post* poiché serve, sul piano dell'evento *hic et nunc*, ad escludere la rilevanza, sul piano concreto, di decorsi causali alternativi.

quanto all'agente patogeno, non lo è rispetto ai canali di trasmissione¹⁰². Questi ultimi possono, in effetti, condurre ad una “*web of causation*”¹⁰³ in relazione alla quale sarebbe, di fatto, altamente difficile (se non, nei fatti, addirittura impossibile) discernere la “causa penalmente rilevante” da quella, invece, “ininfluente” sul decorso.

Al netto, dunque, delle questioni su richiamate in relazione all'accertamento della colpa, le principali (e probabilmente insuperabili) aporie permangono sul piano dell'accertamento del nesso di causalità. Aporie che precluderebbero, già a priori, di formulare qualsivoglia tipo di addebito penale.



¹⁰² M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, cit., 22.

¹⁰³ P. Vineis, *Modelli di rischio*, Torino 1990. Nella letteratura penalistica *ex multis*: cfr. O. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, cit., 634 ss., spec. 661 ss.; Id., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. med. leg.* 2016, 31 ss.