

IL NESSO CAUSALE SARS-COV-2 E LE MORTI NELLE R.S.A.: SI PUÒ PROVARE? (*)

di Paolo Piras

SOMMARIO: 1. Una questione ineludibile. – 2. Le tappe dell'accertamento. – 3. Chi è morto per Covid? – 4. Dove è avvenuto il contagio? – 5. Come è avvenuto il contagio? – 6. Il giudizio controfattuale. – 7. Difficile ma non impossibile. – 8. Conclusioni.

1. Una questione ineludibile.

È frequente un'opinione con riguardo alla diffusione del SARS-CoV-2 nelle strutture sanitarie. L'opinione attiene al nesso causale ed è questa: *si può provare che le regole anticontagio non sono state osservate, ma non si può provare che le morti Covid-19 non si sarebbero verificati se le regole anticontagio fossero state rispettate*. Ad es., si può provare che non sono stati forniti ai lavoratori i dispositivi di protezione individuale in quantità sufficiente, ma non si può provare che una quantità sufficiente avrebbe evitato la diffusione del virus e le morti. È un'opinione manifestata, sia in presenza che da remoto, con toni che oscillano dal perplesso al drastico.

È davvero così?

Da subito e senza mezzi termini: con le righe che seguiranno non intendo fare un discorso colpevolista, ma solo mettere a disposizione del lettore riflessioni che derivano dagli studi e dall'ormai biennale esperienza di direzione d'indagini Covid.

Riflettiamo sulla questione. Certo si oppone alla riflessione l'umano desiderio di lasciarsi alle spalle il dramma epidemico, di dimenticare tutto al più presto. Ma c'è richiesta di giustizia da parte chi piange lacrime Covid. E un tentativo per asciugarle va pur fatto, deve essere fatto, per ragioni professionali prima ancora che umane, perché ci sono le denunce che lamentano vite perdute e che ricordano l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

Occorre tuttavia cercare di nuotare al di fuori dell'onda emotiva del lutto epidemico, che è spaventosa, travolgente e potrebbe facilmente portarci a dimenticare i principi per offrire tutela.

La risposta deve essere di giustizia e quindi di ricerca di chiarezza su ciò che è successo nei diversi casi. Non quindi una ricerca a tutti i costi di un colpevole, perché questa ovviamente non sarebbe una risposta di giustizia, ma di giustizialismo.

(*) Testo, rivisto e aggiornato, dell'intervento del 14 gennaio 2021 al Corso di Perfezionamento in diritto penale "Giorgio Marinucci" organizzato dall'Università degli Studi di Milano – Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria".

2. Le tappe dell'accertamento.

Analizziamo quindi questo nesso causale SARS-CoV-2 e morti nelle R.S.A.

Il discorso è, beninteso, preceduto dall'accertamento dell'inosservanza delle regole di contagio, dettate per la prima volta dall'Istituto Superiore della Sanità già il 16 marzo 2020 con le indicazioni ad interim per la prevenzione e il controllo dell'infezione da SARS-CoV-2 in strutture residenziali e sociosanitarie, di poco seguite il 25 marzo 2020 dalla Circolare del Ministero della Salute "Aggiornamento delle linee di indirizzo organizzative dei servizi ospedalieri e territoriali in corso di emergenza Covid-19": il cui primo documento del 22 febbraio 2020 è limitato alle strutture ospedaliere. Il discorso può quindi valere anche per le strutture ospedaliere nelle quali si sono accesi focolai. E può valere, *mutatis mutandis*, non solo per gli eventi morte, ma anche per gli eventi malattia non seguita da morte.

L'ortodossia dell'accertamento causale impone la necessità di smembrarlo in due giudizi: esplicativo e controfattuale. Si tratta di un affinamento oggetto di conquista giurisprudenziale, avvenuta con la sentenza *Giusti* del 2013, est. *Dovere*¹, poi ribadita anche già nel 2022².

La prima domanda è: che cosa è successo? Il relativo giudizio spiega quale processo eziologico ha portato all'evento ed è quindi un giudizio esplicativo. Ad es., il paziente è morto per una polmonite interstiziale da SARS-CoV-2. È un giudizio di realtà.

Accertato questo e accertato poi che ciò che si doveva fare non è stato fatto, giunge la seconda domanda: che cosa sarebbe successo se si fosse fatto quanto si doveva fare? Ad es., chi è morto per Covid, sarebbe morto ugualmente per questa malattia se nella struttura dove si trovava si fosse fatto uso dei dispositivi di protezione individuale? Questo è un giudizio d'irrealtà, ipotetico, atteso che si è accertato che le regole anticontagio non sono state osservate e che occorre quindi ipotizzarne l'osservanza. Questo è il giudizio, comunemente qualificato controfattuale, cioè contro i fatti, contro come i fatti sono storicamente avvenuti nella loro oramai incancellabile realtà.

Cominciamo quindi dal giudizio esplicativo, che dovrebbe mirare ad accertare:

- chi è morto per Covid-19
- dove il contagio è avvenuto,
- come il contagio è avvenuto.

Seguiremo poi con il giudizio controfattuale, articolato nelle due fasi della *Franzese*. E quindi:

- generale grado di efficacia prevenzionistica delle regole anticontagio inosservate (probabilità statistica)
- caratteristiche, personali e materiali, della singola struttura (probabilità logica).

¹ Cass. Sez. IV, 23339-13, *Giusti*, est. *Dovere*, Rv. 256941. In dottrina sulla distinzione fra i due giudizi v. F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1688 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 13 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, Torino, 2010, p. 52 ss.; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, p. 81 ss.

² Cass. Sez. IV, 416-22, *Annunziata*, est. *Pezzella*.

3. Chi è morto per Covid?

L'accertamento della morte Covid può avvenire anche senza un esame autoptico, a patto che si riesca a ricostruire esaurientemente l'anamnesi patologica, remota e soprattutto prossima. D'altra parte l'esame autoptico con sospetto Covid è stato reso davvero difficoltoso per le stringenti raccomandazioni, poste dalle linee guida, di doversi servire di sala a biocontenimento.

Ai fini della diagnosi tanatologica Covid-19 può essere risolutivo il quadro clinico e strumentale dei giorni precedenti l'exitus, ad es., in ipotesi di morte ospedaliera: insufficienza respiratoria resistente all'ossigenoterapia, anche invasiva, in paziente testato positivo e con quadro radiologico di polmonite bilaterale periferica e simmetrica. O in ipotesi di morte in una struttura sociosanitaria: un franco quadro plurigiornaliero di dispnea > 30 atti/min., febbre > 38,5 e saturazione ossigeno < 85%, risultante dal diario infermieristico. E questo anche a prescindere da un test diagnostico, se il quadro si è presentato in un luogo nel quale ardeva un focolaio e quindi in presenza di un dato epidemiologico che toglie ogni dubbio, se letto, come deve essere letto, congiuntamente a quello clinico e strumentale. Un'ipotesi tanatologica alternativa, ad es., morte cerebrale, per avere rilievo deve basarsi su dati acquisiti in atti, ad es, pregresso infarto rosso cerebrale e severa ipertensione figuranti in anamnesi. Altrimenti l'ipotesi è meramente congetturale e in quanto tale priva di rilievo³.

Nel giudizio penale non pare presentare alcun rilievo la nota differenza fra morto *per* Covid e morto *con* Covid. Una considerazione istituzionale nega rilievo alla differenza: l'art. 41 I co. c.p. prevede che il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute non esclude il rapporto di causalità: l'azione del virus è comunque causale, quando ha anche solo favorito altro processo fisiopatologico. Non è quindi sufficiente la sola positività al test senza manifestazioni cliniche. È frequente l'ipotesi nella quale il paziente Covid presenta commorbidità croniche, da qualificare quindi come cause preesistenti e che agevolano i meccanismi patogenetici azionati dal SARS-CoV-2. Ad es., un paziente Covid, iperteso e con fibrillazione atriale, può morire per uno scompenso cardiaco acuto su base aritmica, dovuto all'importante impegno respiratorio consensuale alla polmonite interstiziale, che è dovuta allo stato infiammatorio provocato dal virus. O un paziente Covid con diatesi trombotica può morire per uno scompenso cardiaco acuto su base ischemica, se il SARS-CoV-2 ha azionato il suo meccanismo patogenetico attivante coagulopatia e determinante la formazione di occludente trombo coronarico.

Con riguardo alle cause simultanee, frequente è l'ipotesi della sovrapposizione batterica: il SARS-CoV-2, impegnando talvolta severamente il sistema immunitario, favorisce l'azione di altri patogeni, che si affiancano, con composizione di temibile

³ *Ex plurimis* Cass. Sez. IV, 30057-06, Talevi, est. Marzano, Rv. 234373.

squadra infettiva, che colpisce poi mortalmente. La tanatodiagnosi suona allora, ad es, Klebsiella su SARS-CoV-2 o Pseudomonas aeruginosa su SARS-CoV-2.

Con riguardo alle cause sopravvenute, può avvenire che la sovrapposizione infettiva avvenga a test ormai negativo, ma in c.d. paziente defedato Covid, che diventa agevole preda di un altro patogeno opportunisto, esogeno o endogeno. Ipotizzandosi una causa sopravvenuta, la stessa potrebbe escludere il nesso causale solo se ritenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ex art. 41 II co. c.p. E quindi se, come da giurisprudenza di legittimità, si possa ritenere eccezionale⁴ o innescante un processo causale eccentrico⁵, rispetto ovviamente al Covid. Il che pare doversi tranquillamente rifiutare, data la frequenza dell'opportunismo infettivo in paziente con clinica scaduta.

Rilievo causale fa infine negato anche alla frequente causa sopravvenuta "tempesta citochinica" e allo stato di mortale iperinfiammazione che produce, per la risposta immunitaria che non si ferma, indotta dal non interrotto rilascio delle impazzite citochine, che continuano a sollecitare il sistema immunitario anche a virus sconfitto. Come una squadra di calcio che continuasse a correre fino allo stremo dopo il fischio finale a partita vinta, pensando che la partita non sia ancora finita, mentre l'altra squadra è ormai negli spogliatoi. O come un sistema di allarme che continua fino ad esaurirsi, dopo avere messo in fuga i ladri da tempo. Si tratta di fenomeno tutt'altro che eccezionale, di esagerata difesa contro il SARS-CoV-2, che rimane comunque il *primum movens* della successiva tempesta e perdita del paziente.

4. Dove è avvenuto il contagio?

Può accadere che la morte avvenga in luogo diverso da quello ove è avvenuto il contagio. Ad es., il contagio è avvenuto in una R.S.A. e la morte nel reparto di malattie infettive di un ospedale a seguito del ricovero. Il luogo della morte non ha rilievo sull'accertamento del rapporto di causalità. Ha rilievo invece l'influenza dell'inosservanza di una o più regole cautelari sul *primum movens* della malattia, cioè il contagio, perché è questo l'oggetto di prevenzione cautelare. È quindi necessario accertare se il contagio è avvenuto nella struttura dove il focolaio si è acceso.

Questo accertamento non risulta difficile se il contagiato è rimasto nella struttura senza mai allontanarsi, nel periodo d'infettività di altri soggetti aventi relazione con la struttura. Il periodo d'infettività, come recepito anche nella circolare del Ministero della Salute n. 32850 del 12 ott. 20, va da due giorni prima l'esordio dei sintomi a un massimo di dodici giorni dopo. Il picco d'infettività si ha il giorno dell'esordio dei sintomi. Se un contagiato è stato sempre presente, senza mai allontanarsi dalla struttura, durante un periodo d'infettività di altri, è giocoforza concludere che è stato contagiato all'interno della struttura.

⁴ Cass. Sez. V, 45241-21, D'Onofrio, est. Settembre, Rv. 282285.

⁵ Cass. Sez. IV, 15493-16, Pietramala, est. Montagni, Rv. 266786.

Altro discorso invece per chi si è allontanato dalla struttura, anche solo occasionalmente e che potrebbe essere stato quindi contagiato all'esterno. Va quindi accertato se il contagiato è stato contatto stretto di positivi, al di fuori della struttura, nei giorni antecedenti l'esordio dei sintomi. Al riguardo, può risultare utilissima l'acquisizione del tracciamento dei contatti stretti presso il Servizio Igiene e Sanità Pubblica dell'Azienda Sanitaria locale. Se questo tracciamento non è stato fatto, a fini giudiziari deve essere comunque fatto mediante prova testimoniale, non potendosi altrimenti affermare che il contagio è avvenuto all'interno della struttura.

5. Come è avvenuto il contagio?

Le evidenze attualmente depongono per questa modalità di contagio: un'espirazione infetta raggiunge o bocca o naso o occhi altrui o più di uno di questi organi. Il virus vola con le droplets guadagnando le mucose desiderate. Con un'immagine: l'espirazione infetta è una revolverata, le droplets i proiettili e la mascherina il giubbotto antiproiettile, che è fra l'altro misura non sostitutiva, ma solo aggiuntiva della distanza: meglio sempre passare fuori tiro dei proiettili, anziché affrontare la raffica sia pure protetti.

S'ipotizza anche una seconda modalità di contagio, questa volta indiretta: il contatto di bocca, naso o occhi con superfici infette, per lo più tramite le proprie mani, che sono venute a contatto con superfici infette. Allo stato attuale non vi sono evidenze di tale modalità di trasmissione, secondo quanto risulta nel relativo documento dell'O.M.S., anche se non si esclude⁶. E quindi: non è stato ancora provato che qualcuno sia stato contagiato secondo questa modalità, ma non si esclude che ciò sia avvenuto o possa avvenire. Non resta che ipotizzare in giudizio che il contagio sia avvenuto secondo questa seconda modalità, tutte le volte in cui le regole cautelari inosservate hanno come scopo la prevenzione della diffusione del virus anche con questa modalità. L'ipotesi appare più che altro teorica, perché in un focolaio epidemico il contatto respiratorio è di regola diffuso.

La prova della modalità di contagio per via aerea può quindi essere data mediante il detto documento del O.M.S. o mediante letteratura accreditata⁷.

I particolari del singolo contagio non possono essere provati, soprattutto se avvenuto in certe situazioni caotiche, caratterizzate da disperazione generalizzata, elevato numero di persone coinvolte nel focolaio e libertà lasciata al virus, che ha potuto incedere privo di ostacoli prevenzionistici. Come può essere avvenuto il contagio del

⁶ World Health Organization, *Cleaning and disinfection of environmental surfaces in the context of COVID-19, Interim guidance*, 15 maggio 2020.

⁷ MEYEROWITZ E.A., RICHTERMAN A., GANDHI R.T., SAX P.E., *Transmission of SARS-CoV-2: A Review of Viral, Host, and Environmental Factors.*, in *Ann. Intern. Med.* 2021, 174:69; GUO Z.D., WANG Z.Y., ZHANG S.F. ET AL., *Aerosol and Surface Distribution of Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 in Hospital Wards, Wuhan, China, 2020*, in *Emerg Infect Dis*, 2020, 26:1583; ZHOU J., OTTER J.A., PRICE J.R. ET AL., *Investigating Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 (SARS-CoV-2) Surface and Air Contamination in an Acute Healthcare Setting During the Peak of the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic in London*, in *Clin Infect Dis* 2021, 73: 1.

paziente Rossi? Durante un'endovena praticatagli dall'infermiere Bianchi? Durante la cena consumata allo stesso tavolo con il paziente Verdi? O durante la visita clinica del medico Neri?

Impossibile accertarlo. Il pensiero corre, irrefrenabile e commosso, alle parole del compianto Mariano Battisti, che nella sentenza sul disastro di Stava, pietra miliare della causalità, scrisse: *è impossibile che il giudice, nell'accertare il rapporto causale, venga a capo di tutto, conosca tutti i passaggi causali, tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto...*⁸.

Non solo è impossibile, ma è anche superfluo. L'accertamento del che cosa è successo, il giudizio esplicativo, ha i suoi *limiti*, che sono segnati da una *modalità di verifica* del danno prevenuto della regola cautelare inosservata, senza doversi spingere oltre nei particolari. La regola cautelare previene cioè un evento che si causa con le modalità A, B, C. Se si è certi che l'evento è stato causato con una di quelle modalità, è inutile accertare precisamente quale essa sia stata, perché comunque la regola cautelare previene ogni modalità di causazione dell'evento ipotizzabile nel caso. Ad es., il filtrante facciale P2 o P3 previene il contagio tutte le volte in cui la distanza interpersonale è stata accidentalmente infranta o si deve infrangere, ad es., per una visita clinica. Questa regola cautelare previene la modalità di contagio per distanza infranta, indipendentemente dai particolari, se durante una visita clinica, somministrazione farmacologica, igiene personale dell'ospite non autosufficiente o altro. È superfluo quindi chiedersi quali siano stati i particolari storici dell'avvenuto contagio, se comunque la regola cautelare abbraccia ogni ipotizzabile particolare, se quindi l'evento è comunque riconducibile alla condotta colposa⁹ dell'omessa fornitura dei filtranti facciali al personale sanitario e ai pazienti.

Questo accade non solo in argomento Covid, ma in generale. Ad es., in ipotesi di morte per infarto del miocardio, non è necessario individuare il c.d. vaso colpevole, se sia stato il ramo coronarico destro o quello sinistro, nè tantomeno il tratto nel quale si è avuta l'occlusione, prossimale, medio o distale. Ciò fra l'altro è talvolta impossibile, in presenza di albero coronarico calcifico con stenosi critica diffusa. È sufficiente accertare la base ischemica del mortale scompenso cardiaco, perché, in ogni caso, questo basta per potersi poi chiedere che cosa sarebbe successo se, ad es., il dolore toracico lamentato dal paziente fosse stato tempestivamente indagato dal medico. E di esempi come questo se ne possono fare davvero tanti.

Non è quindi necessario accertare chi sia stato il soggetto vettore del contagio: è dato che sfugge alla regola cautelare inosservata.

⁸ Cass. Sez. IV, 6 dicembre 90 (29 aprile 91) n. 4793, Bonetti e altri, est. Battisti, in Ced, Rv. 191788.

⁹ Chiarissima su questo aspetto: Cass. Sez. IV, 17 aprile (1 giugno 2007) n. 21602, Ventola, est. Brusco; Cass. Sez. IV., 28 ottobre (10 dicembre 2008) n. 45705, Iorio, est. Brusco, in Giunta ed altri, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011. Il principio vale anche al di fuori della colpa medica, v. Cass. Sez. 4, 11 febbraio (26 maggio 2007) n. 22147, Morini, est. D'Isa, Rv. 266858 (Fattispecie relativa al decesso di un lavoratore in conseguenza dell'abbattimento di un albero, in cui – nel dubbio sull'esatta dinamica del sinistro – è stata, comunque, assegnata rilevanza causale alla condotta del datore di lavoro che aveva omesso di fornire ai propri dipendenti le attrezzature necessarie per l'esecuzione in sicurezza dei tagli, di formarli ed informarli sui rischi connessi a quella lavorazione e di vigilare adeguatamente sul cantiere).

Né è necessario accertare chi sia stato il primo vettore del virus nella struttura, cioè il *paziente zero*, figura di fascino durante la prima ondata epidemica, spesso fotografata dall'espressione più comune *untore*. Chiunque sia stato, è sufficiente accertare l'avvenuta diffusione del virus nella struttura, perchè ciò è quanto basta per potersi poi chiedere se la diffusione sarebbe avvenuta o no se le regole cautelari fossero state rispettate. A prescindere da chi sia stato il primo vettore.

In definitiva: il processo causale va ricostruito negli anelli necessari per il successivo giudizio controfattuale. Questo è un limite chiaro.

Altrimenti e senza provocazione: qual è il limite?

6. Il giudizio controfattuale.

Che cosa sarebbe successo se le regole anticontagio fossero state osservate?

L'accertamento, secondo la nota sentenza Franzese, deve avvenire ponendo a base del giudizio il generale grado di efficacia prevenzionistica delle regole cautelari inosservate. E verificando poi, con i dati del caso concreto, se le regole inosservate avrebbero raggiunto il loro fine prevenzionistico, qualora fossero state osservate.

Occorre accertare che i singoli eventi morte, conseguenti al contagio avvenuto nella struttura, non si sarebbero verificati in ipotesi di osservanza delle regole anticontagio.

Vengono in primis in considerazione le strutture "vergini" sotto il profilo antinfortunistico, quelle cioè nelle quali non è stato fatto nulla per prevenire l'accensione del focolaio. Non è stato valutato il rischio biologico ex art. 271 d. lgs. 81/2008 e a cascata non sono state adottate misure di Igiene e Medicina Preventiva per contenere il rischio, neanche quelle più elementari già descritte da Boccaccio nel Decamerone. In questi casi, molto più frequenti durante la prima ondata, l'accertamento può avvenire ponendo a base il grado di efficacia prevenzionistica delle regole non osservate, che è alto. Ci sono strutture che hanno avuto e hanno contatto quotidiano o comunque frequente con il virus e nelle quali un focolaio non si accende grazie all'osservanza delle regole anticontagio. Certo qualche contagio può avvenire. Ma non si accende un focolaio e che, secondo la definizione dell'Istituto Superiore di Sanità, si ha quando una malattia infettiva provoca un aumento nel numero di casi rispetto a quanto atteso all'interno di una comunità o di una regione ben circoscritta¹⁰. Pensiamo anche a quelle strutture sanitarie di ricovero dei pazienti Covid, siano esse deputate alla cura di questa malattia, ad es., reparti di cura di malattie infettive o reparti di cura di altre malattie, ma con area Covid. Tutte queste strutture convivono con il virus, che non si diffonde per l'ovvia ragione che le regole anticontagio vengono rispettate. Stesse considerazioni valgono per le strutture residenziali, sia sociosanitarie che socioassistenziali, nelle quali il virus è sicuramente presente, perché ad es. hanno un'area sporca e una pulita e altrettanto

¹⁰ Istituto Superiore di Sanità, *Le parole dell'epidemia*, 17 marzo 2020

sicuramente non si diffonde. E ciò evidentemente perché si osservano le regole anticontagio. Quindi:

- la sicura presenza del virus
- +
- la sicura non diffusione in strutture dove le regole anticontagio vengono osservate

consente di far poggiare il giudizio causale su un alto grado di probabilità statistica di non diffusione in ipotesi di osservanza cautelare.

È chiaro che trattandosi di accertamento indiziario, *ex art. 192 c.p.p.*, l'efficacia prevenzionistica delle regole cautelari inosservate non va smembrata considerandole una ad una, ma vanno considerate nel loro complesso. Ad es., l'efficacia prevenzionistica dei dispositivi di protezione individuale, non va vista separatamente, ma insieme a quella del blocco degli accessi dei visitatori ecc. Si tratta della sinergica funzione che nella letteratura medica viene fotografata con l'immagine delle fette del formaggio svizzero. Ogni fetta ha dei buchi, punti di debolezza della regola anticontagio, che non sono nella stessa posizione in ogni fetta. Allineando più fette si riduce lo spazio lasciato libero dai buchi fino alla pressochè totale copertura¹¹. Niente di diverso da come si giudica normalmente: se, ad es., il trattamento doveroso omesso è chirurgico più chemioterapico, il controfattuale va svolto con riferimento al trattamento nel suo complesso, non certo ad ogni singolo trattamento.

Assunto quindi a base un alto grado di probabilità statistica, si considerano le peculiarità del caso concreto, si compie la c.d. verifica aggiuntiva, si accerta cioè o si esclude un alto grado di probabilità logica. Considerate quindi le peculiarità, personali e materiali, della singola struttura, ci si chiede se le regole anticontagio avrebbero o no svolto la loro efficacia prevenzionistica anche in tale luogo. È quindi necessaria una descrizione logistica e di personale della singola struttura e della diffusione del virus, nei tempi e nella quantità. Questa descrizione viene di solito fatta con molta attenzione, nelle comunicazioni di notizia di reato della polizia giudiziaria del Servizio di Prevenzione e Sicurezza negli Ambienti di Lavoro. Si possono quindi calare mentalmente in un certo contesto lavorativo le regole inosservate e ci si può chiedere se vi fossero o no i presupposti di un loro successo o al contrario di un loro fallimento. E semprechè ovviamente, i dati dell'ipotizzabile fallimento non siano dovuti a colpa, ad es., struttura ospitante un numero di persone superiore a quello autorizzato. Non dovuto a colpa potrebbe essere, ad es., il non adeguamento edilizio per la separazione delle aree sporche e pulite, dovuto al brevissimo lasso di tempo fra la dichiarazione dello stato di emergenza e l'accensione del focolaio. Se le caratteristiche della struttura erano tali che le regole inosservate avrebbero svolto la loro funzione, il rapporto di causalità, sentenza Francese alla mano, si dovrebbe ritenere accertato: gli eventi morte non si sarebbero verificati con alto grado di probabilità logica, di credibilità razionale.

Nella valutazione delle caratteristiche della singola struttura, può essere d'aiuto il confronto con che cosa è successo nella stessa struttura dopo che il focolaio è stato

¹¹ I.M. MACKAY, *The Swiss cheese infographic that went viral*, in *Virology Down Under*, 26 dicembre 2020.

spento e si è iniziato a osservare le regole prima inosservate. Se dopo non si sono accesi altri focolai nonostante il nuovo ingresso del virus, dovrebbe concludersi che l'inosservanza è stata *causale* e che il focolaio non è stato *casuale*.

Quindi: efficacia prevenzionistica delle regole inosservate e caratteristiche della singola struttura. Di più non si può proprio portare sul tavolo del giudice. Di più non si può pretendere. E del resto la giurisprudenza di legittimità ordinariamente non lo pretende. Le citazioni sono superflue. Basta pensare a casi frequenti, ad es., quadro di addome acuto non indagato per occlusione intestinale, che si rivela poi mortale. Che cosa si prova? Il grado di probabilità di successo terapeutico della laparotomia omessa e i dati clinici del paziente, tali da consentire un esito favorevole. O pensiamo al dolore toracico non indagato per ischemia miocardica da stenosi coronarica: stesso schema di giudizio: si prova il grado di probabilità della procedura di emodinamica omessa e i dati clinici del paziente, anche qui tali da consentire un esito favorevole.

Sono tuttavia numerosi i casi, soprattutto durante la seconda ondata, nei quali qualcosa, ma non tutto, è stato fatto per il contenimento del rischio biologico. Anche in questi casi, occorre tenere a base del giudizio causale la misura dell'efficacia prevenzionistica delle regole inosservate, che può essere maggiore o minore, a seconda delle stesse. Ad es., il non uso dei dispositivi di protezione individuale apre di più la strada al contagio rispetto alla mancata istituzione dei percorsi sporco-pulito, data la durata del contatto con soggetto infettivo, durata che è prolungata ad es. in una visita clinica, ma fuggevole in un percorso.

Chiaramente, più alta è l'efficacia prevenzionistica di una regola cautelare e più saldo è il giudizio causale. Ma, secondo la Franzese, anche coefficienti medio bassi di probabilità possono condurre all'affermazione del nesso causale, se suffragati da dati del caso concreto. Ad es., è osservata la regola della fornitura al personale dei dispositivi di protezione individuale ed è inosservata la regola di percorsi separati, con uso promiscuo e successiva diffusione del virus nelle aree pulite. Anche in queste ipotesi sono fondamentali i dati di riferimento di altre strutture con percorsi separati o della stessa struttura dopo che la separazione è stata istituita.

È evidente tuttavia che in questi casi l'ipotesi di un processo causale alternativo appare agevole, ad es., il focolaio e le morti conseguenti sono dovute al mancato uso dei dispositivi di protezione da parte del personale. Ed è altrettanto evidente che una tale ipotesi non potrebbe basarsi su un dato immaginario, non provato. È fuori discussione infatti che il giudizio causale debba basarsi su dati acquisiti, non su fantasmi processuali. Correttamente si escluderebbe quindi il nesso causale se vi fosse la prova di appartenenti al personale indisciplinati, insofferenti alle protezioni, spesso richiamati all'uso e poi risultati positivi al test.

7. Difficile ma non impossibile.

Esistono percorsi di prova più agevoli giudizialmente? E fino a che punto sono praticabili?

Qui se ne affacciano due.

Il primo.

Il nesso causale Covid potrebbe essere il banco di prova del modello Masera-Zirulia, che pone ad oggetto del controfattuale non i singoli eventi morte, ma l'eccesso di mortalità in un certo luogo per una data causa¹². È un viatico dottrinale disegnato per le morti da amianto, ma percorribile anche per le morti Covid. Una volta accertata l'inosservanza delle regole anticontagio in una struttura e un tasso di mortalità per Covid inaspettato, si potrebbe affermare che l'eccesso di mortalità è ricollegabile all'inosservanza, dati i numeri inattesi. Non può dirsi esattamente quali morti Covid sono da ricollegare all'inosservanza, ma può comunque dirsi che almeno una certa parte è da ricollegare all'inosservanza.

A questa opinione, si potrebbe obiettare che così non è provata l'identità delle singole vittime. Questa obiezione potrebbe forse valere per il delitto di omicidio colposo plurimo (art. 589 I e ult. co. c.p.), che è posto a tutela dell'incolumità individuale. Non pare tuttavia che l'obiezione potrebbe valere per il delitto di epidemia colposa seguita dalla morte di più persone (artt. 438 I e II co. e 452 n. 1 c.p.), che è reato contro l'incolumità pubblica e sempre che si ritenga la configurabilità di questo delitto.

Il secondo.

Si può disegnare un altro percorso di accertamento sostenendo che l'alto grado di probabilità logica, preteso dalla Franzese per il controfattuale, non sia qui da dover raggiungere, ma che sia sufficiente un grado minore. Il discorso potrebbe basarsi sulla natura non omissiva, ma attiva della condotta, come tale potendo naturalisticamente inquadrarsi la condotta del datore di lavoro consistente nell'esposizione a rischio di contagio dei lavoratori e degli ospiti della struttura. Similmente a quello che avviene con l'esposizione all'amianto¹³. Trattandosi di condotta attiva sfuggirebbe dall'art. 40 II co. c.p. e sarebbe invece da riportare all'art. 43 alinea III c.p., in particolare a quel nesso fra colpa ed evento che richiede appunto un minor grado di probabilità perché possa essere mosso un giudizio di rimproverabilità per colpa¹⁴. Questa opinione incontrerebbe l'obiezione che, secondo giurisprudenza dominante, la condotta è omissiva quando viola un comando e che ciò avviene anche in questi casi, essendosi violati i diversi comandi al datore di lavoro: valutazione del rischio, informazione e formazione dei lavoratori, fornitura dei dispositivi di protezione individuale ecc. La questione quindi si sposterebbe inevitabilmente sul tema generale dei criteri di differenza fra azione e omissione¹⁵.

¹² L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, 2007, pp. 397 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, p. 284 ss.

¹³ Per la natura commissiva dell'esposizione all'amianto v. C. BRUSCO, *Amianto. Casistica, questioni processuali e sostanziali, prospettive future*, Giuffrè, 2021, p. 109.

¹⁴ In giurisprudenza v. Cass. Sez. IV, 37606-07, Rinaldi, est. Blaiotta, Rv. 237050.

¹⁵ Su questo tema, C. SALE, [La condotta medica tra azione e omissione](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2011.

8. Conclusioni.

La prova del nesso causale Covid nelle strutture sanitarie e residenziali è innegabilmente difficile. Ma non impossibile. Non appare più difficile di tanti altri casi di reato omissivo di evento, che quotidianamente si affrontano.

È impossibile solo se si pretende anche che si provi come è avvenuto ogni singolo contagio. Tutto l'altro si può provare, più o meno condivisibilmente. Ma non anche questo. Solo chi pretende la prova del singolo contagio può sostenere la rinuncia aprioristica alla prova. Diventa quindi una questione teorica di adesione all'una o all'altra opinione circa la necessità anche di provare ogni singolo contagio.

Al fondo della questione troviamo questo. Una questione teorica che ha come scenario principi di garanzia a fronte di un lutto spaventoso.

Rimbombano nelle mente le immense parole di Piero Calamandrei: *"... non possiamo rassegnarci ad essere soltanto pazienti e precisi costruttori di orologi di precisione, il cui lavoro si esaurisca nel mettere a punto le rotelline, senza domandarci se il congegno che uscirà dalle nostre mani servirà a segnare l'ora della felicità o l'ora della morte. Ci rifiutiamo di essere equiparati a bravissimi meccanici fabbricanti di sedie elettriche: vogliamo sapere dove porta, a quali fini umani deve servire il nostro lavoro"*¹⁶.

¹⁶ In *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 273.