

LA COLPA PENALE NEL CONTESTO DELL'EMERGENZA COVID-19 (*)

di Paolo Veneziani

SOMMARIO: 1. Premessa: emergenza Covid-19 e crisi delle regole cautelari. – 2. I mobili confini del rischio consentito nell'evoluzione della pandemia. – 3. Il rischio ubiquitario di contagio come argine all'imputazione dell'evento. – 4. Le "rassicurazioni" ai garanti: i datori di lavoro. – 5. La responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2. – 6. La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19. – 7. Cenni conclusivi.

1. Premessa: emergenza Covid-19 e crisi delle regole cautelari.

La pandemia del Coronavirus ha messo in crisi la categoria dogmatica della colpa a partire dal suo stesso D.N.A., rappresentato dalle regole cautelari. La cristallizzazione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità, alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili e delle massime di esperienza, si è dovuta misurare con un fenomeno del tutto nuovo.

Ciò si è riverberato, innanzitutto, sulla misura oggettiva della colpa, e cioè sull'individuazione della tipicità della condotta colposa nei modelli causalmente orientati (sulla falsariga dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose, qui assunte come fattispecie di riferimento).

Agli inizi dell'emergenza, si è constatato come il contesto pandemico fosse "il regno della colpa generica", intesa quest'ultima in senso lato, quale "sostanziale assenza di regole cautelari predeterminate, collaudate e in qualche modo consolidate"¹. Forse ci

(*) Testo, ampliato e con l'aggiunta di note, della relazione tenuta nell'ambito del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura "Il diritto dell'emergenza Covid-19: profili penalistici e giuslavoristici" (6-8 aprile 2022). Il contributo è destinato alla pubblicazione nei *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*.

¹ F.C. PALAZZO, [Pandemia e responsabilità colposa](#), in *Sistema penale*, 26 aprile 2020, p. 1, anche per il collegamento con il problema della ricerca del "capro espiatorio" in funzione di rassicurazione. L'emergenza Covid-19 ha infatti riproposto il tema ancestrale della paura delle epidemie, mettendo in crisi l'illusione che l'uomo possa gestire e controllare ogni fonte di rischio. Le incertezze scientifiche circa le caratteristiche biologiche del virus nelle sue varie evoluzioni, sulle dinamiche causali del contagio e della malattia, e in generale sui mezzi idonei a fronteggiare la pandemia, hanno fatto talora emergere la pulsione, altrettanto atavica, volta alla ricerca di soggetti responsabili del male e alla loro punizione: con il rischio di utilizzare il diritto penale come strumento di rassicurazione sociale, scaricando su alcuni "capri espiatori" il bisogno di una reazione (sul tema, G. FORTI, [Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia](#), in *Diritto penale e uomo*, 16 giugno 2020). Cfr. altresì L. RISICATO, [La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia](#), in *DisCrimen*, 25 maggio 2020, p. 3: "La prima questione che denuncia l'estraneità del COVID-19 ai confini ordinari della responsabilità colposa del medico è l'irriducibilità di un fenomeno patologico straordinario, parzialmente sconosciuto e dall'andamento imponderabile entro linee guida consolidate".

si può spingere oltre. Il giudizio di negligenza, imprudenza e imperizia *non può essere un giudizio senza regole*: regole che vanno ricavate in rapporto alla specificità del caso concreto e sulla base di parametri standardizzati.

Ma i vari parametri disponibili (la miglior scienza ed esperienza, l'agente modello, gli usi) sono tutti strumenti difficili da utilizzare, specie in relazione alla prima fase del periodo emergenziale, per la semplice ragione che la scienza, interrogata, talora non sa rispondere, che un "agente modello" non è facilmente rintracciabile, che la consuetudine non ha ancora avuto il tempo di formarsi².

Rapidamente, poi, il regno della colpa generica è stato soppiantato da quello della colpa specifica.

Le regole cautelari anti-Covid-19 sono state messe per iscritto in maniera massiccia, in leggi, regolamenti, ordini e discipline, con un ruolo non marginale affidato alla c.d. auto-normazione, nel solco di una tendenza consolidata a "procedimentalizzare" e a "protocollare" i meccanismi di prevenzione (talora con qualche eccesso burocratico, mirato a proteggere da potenziali responsabilità, prima ancora che dal virus)³.

Può essere utile precisare che COVID-19 è acronimo di *CO*Rona*VI*rus *D*isease 19, malattia da SARS-CoV-2 o Coronavirus 2019, causata dal virus denominato SARS-CoV-2, appartenente alla famiglia dei coronavirus. Peraltro, si parla ormai comunemente del "COVID-19" (o "Covid", o "Coronavirus" *tout court*) come sinonimo del virus in oggetto.

² Cfr. ad es. D. BIANCHI *Autonormazione e diritto penale*, Giappichelli, 2021, p. 112, nota 98: "L'incertezza che – almeno nei primi mesi della pandemia – avvolgeva i meccanismi di trasmissione del virus e, correlativamente, l'oggettivo grado di efficacia di queste 'cautele', invero, indica una loro natura più precauzionale che propriamente cautelare" (sulla distinzione tra regola cautelare vera e propria e precauzione, o regola precauzionale, v. *infra*). Sulla dicotomia prevenzione/precauzione, con particolare riferimento alla tematica dell'emergenza Covid-19, v. (anche per ulteriori riferimenti) 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 *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2/2020, pp. 16 ss. (spec. pp. 21 ss.), ove si evidenziano gli aspetti di incertezza scientifica (ad es. il grado di attendibilità delle diverse modalità di rilevazione del contagio; i processi di mutazione del virus; il ruolo del clima o dell'inquinamento nella sua diffusione; la ragione per cui alcuni infettati si ammalano più gravemente di altri, ecc.), ma anche una serie di conoscenze scientifiche disponibili (ad es. i *droplets* come vettore di trasmissione del contagio, l'aumento del rischio di contagio in ambienti chiusi e non aerati, ecc., sicché il distanziamento tra persone è inversamente proporzionale al rischio di contagio). Cfr. altresì 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. Profili penali*, II ediz., Giappichelli, 2021, pp. 35 ss. (spec. pp. 38 ss.), per la distinzione tra prevenzione/gestione di rischi, informata ad un principio di precauzione in contesti di incertezza scientifica, e valutazione/neutralizzazione di pericoli, basata su certezze scientifiche.

³ Sull'incessante produzione di norme cautelari in materia, per tutti, A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Diritto penale e processo*, 2020, p. 887; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, *ibidem*, 2020, p. 449.

Gli interventi del legislatore e delle fonti subordinate nel corso della pandemia e sino ad oggi sono stati innumerevoli; in questa sede, si possono evidenziare tre direttrici fondamentali: (i) quella intesa a "codificare" regole cautelari; (ii) quella di delegare ai privati il compito di "auto-normazione" finalizzato alla prevenzione del contagio; (iii) quella di predisporre "scudi penali" diretti a "proteggere" da responsabilità penale soggetti chiamati a gestire il rischio Covid-19 (datori di lavoro, dirigenti scolastici, rettori, direttori di facoltà o dipartimenti universitari, dirigenti di strutture sanitarie, medici e personale sanitario in genere, vaccinatori in particolare) e al tempo stesso il rischio di essere sottoposti a procedimenti

In particolare Stato e Regioni hanno delegato ai garanti, privati e pubblici, il compito di coniare o di rimodellare regole cautelari (regole giuridiche, idonee a fondare la colpa specifica: “ordini e discipline”)⁴.

La *ratio* della delega sta nel fatto che il garante è il soggetto che meglio conosce o dovrebbe conoscere i rischi dell’attività che svolge, alla luce del contesto concreto in cui opera: quindi, viene “delegato” a valutare e a gestire quei rischi, e a integrare (o adattare) in maniera specifica le regole prevenzionali, tenuto conto della propria organizzazione interna.

Il modello della “auto-normazione” è stato ribadito anche per fronteggiare l’emergenza Covid-19, nonostante il rischio (epidemiologico) non sia né prodotto, né meglio conosciuto dal privato, che anzi “subisce” tanto l’emergenza, quanto le decisioni del potere politico, dell’esecutivo e delle autorità amministrative in materia.

In questo particolarissimo contesto, la delega legislativa dà luogo, per certi versi, ad un vero e proprio “scarico di responsabilità” sul singolo garante che prosegua la propria attività in un contesto ad alto rischio, sulla base di disposizioni legislative e regolamentari, ovvero contenute in protocolli di massima, ma con il dovere di dotarsi di procedure e controlli interni, e in definitiva di completare l’opera di scrittura delle regole precauzionali (o comunque di adattarle), allo scopo di garantire la prevenzione dal contagio.

Ora, mentre un tale meccanismo può essere tranquillamente accettato in contesti “normali”, nella prospettiva dell’emergenza Coronavirus esso suscita il timore che, qualora si verificano eventi lesivi (malattia o morte conseguenti al contagio), si apra il sindacato *ex post* del giudice penale sull’idoneità delle misure adottate per fronteggiare il rischio, anche ad integrazione delle norme valide in linea generale.

Di qui la richiesta di “scudi penali”, il dibattito che si è aperto sul tema e l’introduzione di alcune disposizioni specifiche dirette a limitare la sfera del penalmente rilevante (v. *infra*)⁵.

2. I mobili confini del rischio consentito nell’evoluzione della pandemia.

Si presenta in continuo divenire il margine di rischio-contagio consentito dall’ordinamento. Basti pensare, ad esempio, alla disciplina relativa all’apertura o alla

penali (“rischio di contagio penale”), se non addirittura di essere condannati per omicidio colposo o lesioni personali colpose, per non avere impedito il contagio degenerato in evento malattia o morte.

⁴ P. es. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, p. 200; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, Enciclopedia del Diritto, Annali, X, Giuffrè, 2017, pp. 236 ss. In ogni caso, la regola cautelare, scritta o non scritta, di matrice pubblica o privata, è lo strumento per la valutazione normativa della condotta, diretta a verificarne la tipicità o meno.

⁵ Cfr., per tutti, C. CUPELLI, voce *Covid-19 e responsabilità colposa*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, collana I tematici, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 2021, pp. 340 ss.; E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sistema penale*, 15 febbraio 2022, pp. 2 ss.

chiusura di attività, ovvero alle limitazioni poste allo svolgimento delle stesse, alle regole sulla capienza delle strutture, ecc.

Nella teoria della colpa, ciò si ricollega alla distinzione di fondo tra dovere di astenersi (da un determinato comportamento che espone a rischio: p. es. chiusure imposte dallo Stato per contenere la diffusione del virus) e regole “modali” da rispettare affinché si possa agire, entro un margine di rischio reputato accettabile: distinzione peraltro relativa, nella misura in cui si può vietare lo svolgimento di un’attività in un certo modo, e consentirlo in maniera diversa.

Il ritorno graduale alle attività in presenza, in base a un bilanciamento degli interessi in gioco, vede regredire le cautele proprie (che tendono ad azzerare il rischio) in favore della centralità di quelle improprie (che mirano a contenerlo entro limiti considerati accettabili)⁶.

Anche sotto questo profilo, l’emergenza Covid-19 ha enfatizzato e reso più evidente il fenomeno per cui le regole cautelari doverose non sono solo il precipitato di giudizi di prevedibilità ed evitabilità alla luce delle conoscenze disponibili, ma anche il frutto di un bilanciamento (innanzitutto politico) di interessi.

Nel tutelare beni primari come la vita, l’incolumità personale, la salute, è il legislatore per primo a tenere conto anche dell’interesse sociale ed economico allo svolgimento di determinate attività⁷.

Le valutazioni sono cangianti e su di esse incidono il tipo di attività e le fasi della pandemia⁸.

⁶ Sulla distinzione, P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003, pp. 15 ss. Le regole cautelari modali dirette a fronteggiare il rischio contagio Covid-19, al netto delle continue evoluzioni e rimodulazioni, sembrano riconducibili a quattro categorie fondamentali: (i) uso di mascherine (quindi: d.p.i., nella prospettiva tecnica dell’igiene e sicurezza del lavoro); (ii) distanziamento sociale; (iii) igienizzazione delle mani; (iv) sanificazione dei locali e corretta areazione dei medesimi. Si tratta di regole cautelari improprie, la cui efficacia può risultare implementata da un’osservanza sinergica delle medesime e dalla protezione assicurata dai vaccini. Al tempo stesso, risulta evidente come tali precauzioni mirino a fronteggiare un rischio strettamente connaturato con la complessità delle interazioni personali e sociali, e quindi particolarmente insidioso anche sotto questo profilo, oltre che per i “lati oscuri” sul versante delle conoscenze scientifiche (sulle interrelazioni tra tali duplici profili, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Giuffrè, 2004, pp. 54 ss.).

⁷ In generale, per tutti, G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell’era dello sviluppo tecnico*, in *La colpa. Studi*, Giuffrè, 2013, pp. 295 ss.; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 784 ss.; con una sottolineatura del carattere politico della scelta, M. DONINI, *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 709. Con specifico riferimento al tema della pandemia, V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., pp. 21 ss.

⁸ Cfr. G.L. GATTA, [Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare](#), in *Sistema penale*, 16 marzo 2020; ID., [Un rinnovato assetto del diritto dell’emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19](#), in *Sistema penale*, 26 marzo 2020, par. 3; L. AGOSTINI, [Pandemia e “penademia”: sull’applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti](#), in *Sistema penale*, 2020, pp. 229 ss. e spec. p. 241, in merito alle misure igienico sanitarie elencate nell’allegato 1 al D.P.C.M. 8 marzo 2020, “che invitava tutta la cittadinanza (...) a evitare abbracci e strette di mano, a mantenere una distanza interpersonale di almeno un metro, a coprirsi bocca e naso per starnutire o tossire, nonché a usare una mascherina”.

La vaccinazione, naturalmente, incide sui fattori di rischio e quindi sul tema della colpa, nella misura in cui il vaccino pone argini assai elevati contro la degenerazione della malattia verso forme gravi e la morte. Tanto maggiore è l'efficacia del vaccino, tanto più esso si pone come centrale strumento di prevenzione.

Ci si può chiedere, inoltre, quanto la vaccinazione possa influire sul piano della prevedibilità in concreto dell'evento mortale, anche in rapporto all'età e alle condizioni di salute del vaccinato.

I soggetti non vaccinati per scelta sollevano il delicato problema della volontaria auto-esposizione ad un rischio di gran lunga superiore rispetto a quello che essi stessi potrebbero contenere.

In ogni caso, sappiamo ancora poco delle interconnessioni tra i possibili fattori di rischio e le cautele adottate.

Talune regole possono essere utili – ma in maniera generica e non quantificabile – a ridurre il rischio di contagio, senza che quindi se ne possa calcolare l'efficacia in funzione impeditiva dell'offesa.

Si parla in proposito (non di regole cautelari in senso stretto ma) di “regole cautelative”, come tali idonee a forgiare la tipicità della condotta colposa (in specie laddove siano frutto di un “compromesso decisorio” che vede sacrificate le esigenze precauzionali a scapito di altri fattori)⁹.

3. Il rischio ubiquitario di contagio come argine all'imputazione dell'evento.

Preliminarmente è opportuno ricordare la ben nota difficoltà di tracciare una linea distintiva tra azione ed omissione. Per brevità, si può muovere dal postulato che, mediante la condotta commissiva colposa, il soggetto crei o incrementi in modo significativo il rischio di verificazione dell'evento, ovvero esponga la vittima ad una situazione di rischio non consentito. Viceversa, nel reato omissivo improprio, il garante non si attiva nei modi dovuti per fronteggiare un rischio promanante *aliunde*; ossia, per quanto interessa in questa sede, omette le cautele idonee ad arginare il “rischio-Covid-19”, o la malattia¹⁰.

⁹ In argomento, A. ALESSANDRI, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, pp. 348 ss.; R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2020, pp. 2056 ss.; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., pp. 294 ss. e 337 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, in *Cassazione penale*, 2013, pp. 858 ss. Sullo sfondo resta dunque la distinzione tra precauzione (correlata a contesti di rischio caratterizzati da forte incertezza scientifica) e prevenzione (che si fonda invece su leggi scientifiche di copertura e ritorni di esperienza reputati sufficientemente affidabili per poter strutturare giudizi di prevedibilità ed evitabilità). Di conseguenza, la dimensione tipica, oggettivo-normativa, della colpa si colloca nella prospettiva della prevenzione, e non della precauzione, non potendo quest'ultima fornire i parametri necessari a plasmare il contenuto del dovere di diligenza.

¹⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 3/2013, pp. 384 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed improprie*, cit., pp. 44 ss.; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 500.

La qualificazione della condotta incide sulla ricostruzione del nesso causale, tema che esula dall'oggetto di questo intervento. Basti solo una rapidissima notazione.

L'equivalente normativo della causalità *ex art. 40 cpv. c.p.* nei delitti di omesso impedimento dell'evento tende a sovrapporsi, fino in pratica a coincidere, con il nesso tra colpa ed evento, per cui l'evento *hic et nunc* deve essere prevenibile mediante il comportamento alternativo lecito¹¹.

Una volta accertata la condotta omissiva colposa del garante, ci si deve chiedere quindi se l'ipotetica condotta osservante avrebbe impedito l'evento.

Diventa allora decisivo il livello di certezza reputato necessario per concludere che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento.

Come è noto, la Suprema Corte ha inteso affrancare il giudizio da meri canoni probabilistici, indicando il criterio della "probabilità logica" ovvero dell'alto grado di probabilità razionale. Il ragionevole dubbio che l'evento possa trovare origine in fattori alternativi di spiegazione causale rispetto a quelli oggetto dell'accusa impone l'esito assolutorio del giudizio¹².

Peraltro, la soluzione indicata dalle Sezioni Unite ha mostrato i propri limiti, in ottica di nomofilachia, in tema di reato omissivo improprio, qualora manchi la possibilità di fare riferimento a leggi universali o a leggi statistiche che esprimano una probabilità confinante con la certezza: non è chiaro, infatti, come possa avvenire il "salto di qualità" dal dubbio (sul piano probabilistico) alla certezza (sul piano logico)¹³.

Invero, l'accertamento deve *prima* avere ad oggetto la concatenazione causale naturalistica e *poi* deve estendersi al nesso normativo tra condotta omissiva colposa ed evento colposo.

In tema di contagio, occorre innanzitutto raggiungere la ragionevole certezza che il contagio sia dipeso da quel determinato contatto, e non da altri, vale a dire che si deve essere certi del nesso naturalistico che lega causalmente quel contatto al contagio, e quel contagio all'evento *hic et nunc*.

¹¹ Ovverosia, la tematica della "causalità omissiva" (o meglio: "equivalente normativo della causalità", ovvero "nesso tra omissione ed evento") si sovrappone alla c.d. "causalità della colpa" (*rectius*: nesso tra colpa ed evento, *sub specie* di evitabilità). I rispettivi dati strutturali, infatti, convergono sino in pratica ad identificarsi prima nella necessità di individuare il comportamento alternativo lecito, per poi valutare – in via ipotetica, in base ad un giudizio *contra factum* – l'efficacia del medesimo, in funzione impeditiva dell'evento. A sua volta, il nesso tra colpa ed evento – riguardato sotto l'ulteriore profilo della concretizzazione del rischio – tende a rimanere assorbito nella dinamica causale "reale", che si assume non essere adeguatamente fronteggiata dal garante. La letteratura sul punto è sterminata, basti rinviare a un paio di contributi di riferimento: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 44, nonché pp. 54 ss.; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1992, pp. 821 ss.

¹² Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 1133 ss.

¹³ Cfr. F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., p. 384; ID., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del merito*, 2006, p. 962; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 500; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, pp. 1970 ss.

Questo sembra essere il vero punto centrale della discussione in tema di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, nella prospettiva del contagio Covid-19. Essendo il virus ubiquitario e assai elevato il rischio di contagio, negli ambienti e nei contesti più disparati, in generale sembra assai difficile che si possa raggiungere la prova oltre ogni ragionevole dubbio che quel contagio, poi degenerato nell'evento, sia ricollegabile a un determinato contatto¹⁴.

In più, una volta accertato il presupposto causale naturalistico, andrebbe verificata la "causalità della colpa", ovvero il nesso normativo tra colpa ed evento: altro ostacolo non da poco, se il garante deve uniformarsi a regole cautelari "improprie", caratterizzate da una limitata efficacia sul piano della evitabilità dell'evento.

Si ritorna dunque alla questione del grado di evitabilità dell'evento, reputato necessario nella prospettiva dell'art. 40 cpv. c.p., in caso di condotta colposa omissiva. Se si pretende un'imputazione normativa "forte", che davvero affranchi da logiche di mera mancata diminuzione del rischio, sembra corretto richiedere un elevato grado di evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, tale da approssimarsi alla ragionevole certezza e direttamente ricollegabile al grado di efficacia della regola cautelare inosservata: il che si pone come un secondo e non trascurabile ostacolo rispetto all'accertamento del nesso tra colpa ed evento nelle costellazioni di ipotesi di contagio da Covid-19.

¹⁴ Sostanzialmente nello stesso senso, *ex plurimis*, 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 538; O. DI GIOVINE, [Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali](#), in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, p. 3; D. CASTRONUOVO, [I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali](#), in *La legislazione penale*, 2020, spec. pp. 7 ss. In giurisprudenza, cfr. p. es. le richieste di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Milano in merito alla vicenda della R.S.A. del Pio Albergo Trivulzio e della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lodi relativa alla R.S.A. di Borromea di Mediglia, ampiamente divulgate dai mezzi di informazione. Cfr. altresì D. PAGANI, [Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie](#), in *Archivio penale*, n. 2/2020.

Per ulteriori, condivisibili, riferimenti e considerazioni si può rinviare alla relazione, in questo stesso Corso, di S. ZIRULIA, [Nesso di causalità e contagio da Covid-19, passim](#) (in *Sistema penale*, 20 aprile 2022) ove pure si giunge alla conclusione che "al di fuori di marginali ipotesi", con riferimento ai modelli di omicidio colposo e lesioni personali colpose "la stragrande maggioranza degli sforzi ricostruttivi del nesso eziologico si arresteranno dinanzi a scogli probatori insormontabili". In argomento, v. altresì V. VALENTINI, [Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura](#), in *Archivio penale*, n. 1/2020, p. 3: "La verità è che il rischio-contagio incerto e ubiquo consente una prova particolaristica *easy* solo in casi di isolazionismo estremo". *Contra*, P. PIRAS, [Il nesso causale Sars-CoV-2 e le morti nelle R.S.A.: si può provare?](#), in *Sistema penale*, 14 aprile 2022, in particolare pp. 7 ss. per quanto concerne uno dei punti più critici, ossia il giudizio controfattuale che poggia sulla domanda "che cosa sarebbe successo se le regole anticontagio fossero state osservate". Per inciso, nella prospettiva delle R.S.A. le tematiche della causalità si trovano spesso analizzate secondo una intersecazione dei diversi piani della causalità individuale e della causalità generale (su quest'ultima, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, 2007, *passim*). Nell'ottica dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose, non pare che si possa deflettere da una prova rigorosa della causalità individuale, che peraltro potrebbe trovare ulteriore conforto laddove emergesse che il mancato rispetto di regole con finalità preventiva in una determinata struttura non abbia portato a risultati peggiori rispetto a coorti con caratteristiche analoghe, assunte come correttamente organizzate ed osservanti delle medesime precauzioni.

4. Le “rassicurazioni” ai garanti: i datori di lavoro.

Sta di fatto che alla paura del contagio e della malattia si è aggiunto il timore di essere esposti a conseguenze penali, soprattutto in capo a coloro che rivestono posizioni di garanzia. Datori di lavoro, dirigenti di strutture sanitarie, dirigenti scolastici – tanto per citare le figure principali – si sono chiesti a quale sorte possano andare incontro qualora un dipendente, uno studente, ecc., si contagi e la malattia abbia un decorso severo o addirittura esito letale, e hanno chiesto “rassicurazioni”, soprattutto sul versante delle potenziali responsabilità di ordine penale.

Quando l’art. 42 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto Cura Italia, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27) ha esplicitato che *anche per l’infezione da virus SARS-CoV-2 la malattia contratta in occasione di lavoro è considerata infortunio sul lavoro* (ai fini assicurativi), è apparso con maggiore evidenza l’ovvio, e cioè che da quel contagio può derivare una responsabilità penale del datore di lavoro per lesioni personali colpose o per omicidio colposo.

Molti hanno ricondotto la questione ad un equivoco interpretativo¹⁵, chiarito dall’INAIL con apposita circolare: “Non possono (...) confondersi i presupposti per l’erogazione di un indennizzo Inail (...) con i presupposti per la responsabilità penale e civile che devono essere rigorosamente accertati con criteri diversi da quelli previsti per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assicurative. In questi, infatti, oltre alla già citata rigorosa prova del nesso di causalità, occorre anche quella dell’imputabilità quantomeno a titolo di colpa della condotta tenuta dal datore di lavoro”¹⁶.

Le precisazioni dell’INAIL, peraltro, non sono state ritenute dirimenti, sicché – sulla spinta delle associazioni di categoria – sul punto è intervenuto il legislatore. L’art.

¹⁵ Cfr. in argomento G.P. ACCINNI, [La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da ‘Covid-19’. Ritorno al futuro del diritto penale](#), in *Sistema penale*, 26 giugno 2020; D. AMATO, [Contagio da Covid-19-19 ‘in occasione di lavoro’ e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?](#) in *Giurisprudenza penale trimestrale*, 2020, pp. 32 ss.; C. CUPELLI, [Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?](#) in *Sistema penale*, 16 giugno 2020, pp. 2 e 5; O. DI GIOVINE, *Coronavirus*, cit., pp. 2 ss.; E. PENCO, *Esigenze*, cit., p. 4.

¹⁶ Circolare n. 22 del 20/05/2020, p. 5; sicché il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell’INAIL “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. Così come neanche in sede civile l’ammissione a tutela assicurativa di un evento di contagio potrebbe rilevare ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l’accertamento della colpa di quest’ultimo nella determinazione dell’evento”. Pertanto – prosegue la Circolare – “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, comma 14 del decreto legge 16 maggio 2020, n.33. Il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero. Circostanza questa che ancora una volta porta a sottolineare l’indipendenza logico-giuridica del piano assicurativo da quello giudiziario”.

29-bis decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. “Decreto Liquidità”; articolo introdotto in sede di conversione), recante “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40, rubricato “Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19”, ha inteso circoscrivere gli obblighi la cui violazione può esporre il datore di lavoro a responsabilità penale: “1. Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

L’art. 2087 c.c. (“Tutela delle condizioni di lavoro”) dispone che “L’imprenditore è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”: si tratta di una norma generalissima, che viene richiamata proprio perché si presta a ricomprendere tutti gli obblighi dell’imprenditore. Solo apparentemente essa può fondare una colpa specifica per violazione di legge: non a caso, è stata utilizzata per dilatare la sfera di responsabilità penale dell’imprenditore e del datore di lavoro in generale, operando come “clausola di chiusura” che consente di ravvisare una pseudo-colpa specifica – che rimane nella sostanza una colpa generica – in casi in cui non vi sia inosservanza di una disposizione più precisa. Dunque, mediante il richiamo all’art. 2087 c.c., si ribadisce in capo all’imprenditore la posizione di “garante” della vita e dell’incolumità individuale dei lavoratori (e dei terzi potenzialmente esposti ad eventi lesivi in conseguenza dell’attività d’impresa), in uno con la necessità che il garante ottemperi non solo alle regole cautelari “scritte”, ma anche alle norme prevenzionali che una (da più parti discussa, ma ancora viva) “figura modello” di imprenditore è in grado di estrapolare dall’esperienza, secondo i consueti canoni di diligenza, prudenza, perizia.

Posto che la citata disposizione codicistica ha un contenuto così ampio da poter comprendere anche gli obblighi promananti del Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro (d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche), la previsione dettata dall’art. 29-bis cit. sembra voler significare che il datore di lavoro, tenuto ad osservare una quantità di obblighi a scopo di prevenzione – riassunti nell’art. 2087 c.c. – si considera adempiente, nella prospettiva delle cautele dirette a prevenire il contagio Covid-19, se e nella misura in cui risultino osservati i protocolli, le linee guida, ecc. cui si fa richiamo e rinvio. Laddove il datore di lavoro abbia correttamente assolto tali doveri, non gli si può ascrivere l’inosservanza di obblighi ulteriori: in tal modo, si circoscrive e si precisa

l'ambito della colpa specifica del datore di lavoro, e si esclude un addebito "residuale" a titolo di colpa generica, già a livello di tipicità del fatto colposo.

Quindi, la norma pensata come "scudo" conferma che i compiti finalizzati alla prevenzione degli infortuni sul lavoro (intesi in senso ampio, ad includere la malattia-infortunio) si estendono alla prevenzione dal contagio da Coronavirus.

Pertanto, qualora disgraziatamente si verifichi la morte di un dipendente causata o concausata dal Covid-19 (o la malattia), dal punto di vista civilistico-assicurativo si presume l'infortunio sul lavoro, mentre – nell'ottica penalistica – si deve accertare se l'evento sia riconducibile causalmente a una condotta colposa del datore di lavoro.

In quest'ottica, non c'è alcun equivoco: il datore di lavoro è comunque esposto al rischio di essere indagato per omicidio colposo aggravato o per lesioni colpose aggravate, a fronte dell'oggettivo verificarsi dell'evento.

In primo luogo, dunque, il datore di lavoro avrà interesse a dimostrare (al di là della formale allocazione dell'onere della prova) di essersi attivato allo scopo di prevenire il contagio, predisponendo un'efficace organizzazione, attuandola e man mano aggiornandola.

In ciò soccorre la norma-scudo: è sufficiente "l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33" nonché "l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste". Nei casi in cui tali prescrizioni non si applichino, "rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

In pratica, la condotta del datore di lavoro può essere considerata inosservante solo qualora non risulti conforme a tali prescrizioni, ovvero quando il datore di lavoro non abbia adottato o mantenuto le misure in oggetto.

Basta tuttavia scorrere il citato protocollo del 24 aprile 2020 per constatare come le misure siano assai numerose e capillari, e quindi difficili da garantire nella quotidianità, anche a voler prendere come riferimento un datore di lavoro incline ad osservarle e a farle rispettare¹⁷.

¹⁷ Cfr. E. M. AMBROSETTI – L. CARRARO, *Emergenza coronavirus e profili penali: «fase 2» e sicurezza sul lavoro*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2020, pp. 694 ss.: "il Protocollo del 24 aprile 2020 si articola in tredici misure di precauzione – la cui natura, come si vedrà, sembra in certa misura elastica – le quali rappresentano lo standard minimo di tutela che dovrebbe essere garantito in ogni ambiente di lavoro, ferma restando la possibilità (*recte*: la necessità) di adattare e di integrare i presidi ivi divisati mediante più stringenti, efficaci e pervasive misure dettate dalle specifiche peculiarità delle singole realtà aziendali". In argomento, cfr. altresì L. GESTRI, [Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?](#) in *Sistema penale*, n. 6/2020, pp. 275 ss., cui si rinvia per il tema della necessità o meno di valutazione del rischio pandemico nella prospettiva dell'aggiornamento del DVR e del MOG (esula dal perimetro del presente intervento l'analisi dei profili di responsabilità dell'ente *ex d. lgs*, 231/2001).

Quindi, lo scudo si rivela uno strumento non privo di ambiguità: se infatti da un lato limita il perimetro degli obblighi del datore di lavoro, e dunque l'ambito della condotta colposa già a livello di tipicità oggettiva, d'altro lato conferma che la condotta inosservante anche di un solo di detto obblighi dovrebbe a rigore essere considerata colposa, così configurandosi il primo elemento del fatto tipico di omicidio colposo o lesioni colpose.

Va allora sottolineato che in realtà la piena configurabilità dei reati *de quibus* incontra, come si è anticipato, una serie di ostacoli quasi insormontabili, nella normalità dei casi e salve ovviamente ipotesi eccezionali. Ciò a condizione che si faccia corretta applicazione delle categorie della colpa, nella duplice misura oggettiva e soggettiva, nonché della causalità, in specie omissiva, verificando la sussistenza dei nessi tra condotta colposa ed evento, in particolare nella prospettiva della effettiva evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito.

Quindi, il vero argine è rappresentato – più che dalla disposizione introdotta *ad hoc*, con una sorta di messaggio “simbolico” di “rassicurazione” – da una corretta applicazione delle categorie generali della causalità e della colpa, e da una rigorosa verifica dei nessi tra condotta colposa ed evento *hic et nunc* verificatosi. Molto quindi è affidato alla sensibilità del giudice penale e ancor prima del pubblico ministero: non sempre nei reati colposi di evento la giurisprudenza valorizza appieno tutti questi aspetti, che si prestano a valutazioni ampiamente discrezionali nel diritto vivente.

In ogni caso, paiono indubbie le peculiarità del contesto emergenziale, che tendenzialmente precludono la configurabilità di fattispecie colpose causalmente orientate e consigliano piuttosto di ancorare la tutela penale ad illeciti di pericolo, basati su condotte pericolose a prescindere dalla causazione o dall'omesso impedimento di un evento naturalistico (ovvero di ricorrere ad illeciti amministrativi con analoga struttura).

5. La responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2.

Con l'art. 3 d.l. 1° aprile 2021, n. 44 (Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici, convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021, n. 76) si è introdotta una disposizione peculiare “per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178”¹⁸.

¹⁸ Cfr. la [Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, 21 giugno 2021, n. 35/2021](#) (a cura di A. Natalini e G. Andreazza), pp. 9 ss., ove puntualmente si mette in luce l'intenzione dei compilatori della disposizione in esame nel senso di escludere la colpa in caso di osservanza delle regole cautelari ivi specificamente richiamate (dunque, delle regole desumibili dalle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e dalle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di

Per tali fatti, “la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”¹⁹.

L’ambito operativo della disposizione in esame è strettamente connesso alla fase di somministrazione del vaccino e a quella prodromica, curate dal medico o dall’infermiere; dalla rubrica dell’art. 3 (ove si parla di “responsabilità sanitaria”) si trae inoltre argomento per escludere che la previsione si possa estendere la “non punibilità” all’intera “filiera” della vaccinazione (e quindi ai fatti riconducibili alla casa produttrice del vaccino, alle autorità che hanno autorizzato l’impiego con determinate modalità, ecc.²⁰.

Anche in questo caso risulta circoscritto il perimetro della colpa sul piano oggettivo della tipicità del fatto: non c’è condotta tipica colposa se sono state rispettate le regole cautelari dettate dal provvedimento AIC (autorizzazione all’immissione in commercio del vaccino) e dalle circolari relative alle attività di vaccinazione pubblicate sul sito del Ministero della Salute. È inutile andare alla ricerca di profili di colpa ulteriori, in quanto la condotta realizzata in violazione di regole cautelari diverse da quelle richiamate risulta comunque atipica (dunque non si configura la colpa già nella sua misura oggettiva). Si può dunque convenire con la qualificazione della “non punibilità”²¹, dettata dall’art. 3 cit. alla stregua di una causa di esclusione del tipo colposo, in forza dell’osservanza di determinate regole cautelari²².

vaccinazione): si conviene, quindi, sulla conclusione che la norma *de qua* incida sul piano della colpa (e non della mera punibilità). Peraltro, si ritiene che la colpa venga ad essere esclusa nella prospettiva della colpevolezza (scusante): per una lettura che viceversa ravvisa un limite alla tipicità del fatto colposo, v. *infra*, nel testo.

¹⁹ In argomento, G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida al diritto*, 16, 2021, pp. 49 ss.; M. CAPUTO, [Logiche e modi dell’esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria](#), in *La legislazione penale*, 22 giugno 2020, p. 12; ID., *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti delle professioni sanitarie*, in *Diritto penale e processo*, 2021, pp. 1171 ss.; S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *Quotidiano giuridico*; L. FIMIANI, [Nuovo “scudo penale” \(decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44\): è una norma tautologica?](#), in *Giur. pen. web*, 13 aprile 2021, p. 4; F. FURIA, [Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2](#), in *Archivio penale*, 2021, pp. 1 ss.; A. MASSARO, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2: gli “anticorpi” dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2021, n. 3/2021, pp. 683 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, *Aracne*, 2021, 149 ss.; E. PENCO, [“Norma-scudo” o “norma-placebo”? Brevi osservazioni in tema di \(ir\)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2](#), in *Sistema penale*, 13 aprile 2021; P. PIRAS, [La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19](#), in *Sistema penale*, 23 aprile 2021; N. ROSSI, [Sanitari: è possibile uno “scudo penale” più efficace dell’attuale?](#), in *Questione giustizia*, 10 aprile 2021.

²⁰ *Relazione dell’Ufficio del Massimario*, cit., p. 12.

²¹ Espressioni quali “non punibilità”, ovvero “la punibilità è esclusa”, sono notoriamente non decisive ai fini della qualificazione dell’istituto ad esse sotteso, potendo introdurre un limite alla tipicità, una causa di giustificazione, una scusante o una causa di non punibilità in senso stretto.

²² M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit. p. 1179. Naturalmente la mera inosservanza di una o più delle regole cautelari dettate dalle fonti richiamate (AIC e circolari ministeriali) non esime dall’esigenza di verificare la concreta incidenza della violazione, secondo i canoni generali della causalità e della colpa,

Resta in ogni caso il problema dell'iscrizione o meno a "modello 21", ossia nel registro generale delle notizie di reato nei confronti di persone note, del vaccinatore, che nei limiti del possibile andrebbe evitata, sia per risparmiare sofferenze e costi a chi si trovi ad incappare nel caso tanto raro quanto sfortunato, sia per non scoraggiare gli altri operatori, impegnati in una campagna preziosa e meritoria per la collettività, non senza sacrificio personale. Di ciò è consapevole la magistratura requirente, che ha individuato altresì possibili rimedi²³. In caso di denuncia-querela contro ignoti, una soluzione può essere offerta dallo svolgimento di attività di indagine mantenendo il fascicolo iscritto a "modello 44"²⁴.

6. La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19.

In sede di conversione del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, il legislatore ha introdotto una disposizione ulteriore in tema di responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, di particolare interesse in quanto introduce nel sistema un espresso riferimento alla colpa grave, ossia ad un parametro già in parte sperimentato e che in futuro potrebbe fungere da strumento di portata più generale, dopo l'assai deludente esperienza, sul versante penalistico, della riforma attuata con la c.d. legge Gelli-Bianco²⁵.

Più precisamente, l'art. 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44, aggiunto in sede di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76) prevede al primo comma che "durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590

inclusi i nessi di rischio tra condotta colposa ed evento, come opportunamente ricorda la *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., p. 17.

²³ Cfr. *Circolare* della Procura Generale della Cassazione 18 marzo 2021, che invita i P.M. a prendere contatto con l'AIFA per ricevere il supporto tecnico necessario. In precedenza, e in linea generale, cfr. il documento del Procuratore della Repubblica di Bologna, Cons. G. Amato (pubblicato in data 17 luglio 2020 e consultabile in www.procura.bologna.it); nonché il documento *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*, a firma dell'allora Procuratore della Repubblica di Roma, Cons. G. Pignatone (consultabile in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2017).

²⁴ Per ulteriori indicazioni in relazione al profilo delle iscrizioni, inclusa la possibilità di utilizzare il mod. 45 "atti non costituenti notizia di reato", v. la *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, cit., pp. 9-10.

²⁵ Sotto questo aspetto, l'esperienza pandemica può davvero servire, nel contempo, sia da banco di prova della disciplina vigente, sia da laboratorio per sperimentare e affinare soluzioni alternative, come evidenzia M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 149 ss. Sul tema della colpa grave, v. altresì (anche per una completa bibliografia di riferimento, cui si rinvia) la recente monografia di P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano, 2021, pp. 76 ss. (con riguardo specifico alla c.d. colpa medica). Cfr. altresì S. CANESTRARI – G.M. CALETTI, *Da eroi a imputati? Riflessioni su come limitare il "rischio penale" dei sanitari al tempo del Covid-19*, in *Bollettino notiziario*, n. 5/2020, pp. 6 ss.; C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Archivio penale*, n. 1/2021, pp. 1 ss.; A. ROIATI, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica e la colpa grave declinata secondo la limitatezza di conoscenze e di risorse*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 3/2021, pp. 705 ss.

del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave".

Il secondo comma detta poi una serie di elementi indicatori del grado della colpa, che consentano di qualificarla come grave, con indicazione esemplificativa modellata sulle principali criticità emerse nel periodo emergenziale: "ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza".

Dal punto di vista esegetico, i casi riguardanti "pazienti Covid-19" rientrano di sicuro nella sfera di operatività della norma in questione. Il dubbio riguarda invece i pazienti non malati di Covid-19, neppure a livello di co-morbilità.

Ebbene, è vero che nel secondo comma si fa espresso riferimento alle patologie Covid-19, ma ciò avviene nell'ambito di una indicazione esemplificativa, che comprende anche altre ipotesi.

In realtà, l'applicazione dell'art. 3-bis risulta ancorata, in generale, a fatti commessi nell'esercizio di una professione sanitaria, che trovino causa nella situazione di emergenza.

Quindi, ci possono essere fatti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose inquadrabili nella situazione di emergenza, anche nelle loro dinamiche eziologiche, che al tempo stesso riguardino pazienti affetti da patologie che nulla hanno a che vedere con il Covid-19. Per esempio, un paziente affetto da cardiopatia non viene assistito in maniera ottimale per la scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili, dovuta all'esigenza di dirottare parte di tali risorse alla gestione dei pazienti Covid-19.

Dal punto di vista sistematico, il fattore che esclude la gravità della colpa opera comunque sul versante della colpevolezza colposa, come scusante legata al concetto di inesigibilità del comportamento doveroso: si presuppone un fatto tipico colposo (la misura oggettiva della colpa) e antiggiuridico, ma non si ritiene di elevare un rimprovero a titolo di colpa dell'illecito²⁶.

Il reato non si realizza, poiché manca la colpevolezza, ma l'illecito mantiene rilevanza ai fini civilistici e quindi nella prospettiva risarcitoria del danno. Di qui può derivare un interesse a che venga esclusa a monte la tipicità del fatto colposo (la condotta è diligente, prudente, osservante delle *leges artis*; non sussiste il nesso causale naturalisticamente inteso; non sussistono i nessi normativi tra condotta colposa ed evento) o l'antigiuridicità (si pensi ai casi di stato di necessità giustificante)²⁷.

²⁶ Anche in questo caso, peraltro, la natura giuridica della non punibilità è controversa: p. es., nel senso della causa di non punibilità in senso stretto, J. DELLA VALENTINA, [La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità](#), in *Sistema penale*, n. 12/2021, p. 23.

²⁷ Vedasi A.R. CASTALDO – F. COPPOLA, *Lo scudo (dei medici), la spada (delle Procure). La riforma mancata della colpa medica da Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 15 aprile 2020, p. 3, per una diversa tecnica normativa

Resta il fatto che – al di là dei parametri individuati nel secondo comma dell’art. 3-bis cit. – la colpa grave resta non definita²⁸. In chiave generale, potrebbe forse essere utile recuperare anche nella prospettiva penalistica le indicazioni che promanano dall’art. 2236 c.c., nelle ipotesi di imperizia: “Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”. In ambito penale, tale disposizione ha storicamente incontrato molte resistenze, ma anche qualificati avalli.

La distinzione tra imperizia del medico (rilevante penalmente solo se grave, secondo il parametro di cui all’art. 2236 c.c.) e negligenza/imprudenza (da valutarsi secondo i comuni criteri della colpa, ex art. 43 c.p.) rappresenta il perno della motivazione di una celebre sentenza della Corte costituzionale, risalente a circa mezzo secolo fa.

Secondo la Consulta, la particolare disciplina desumibile dagli artt. 589 e 43 c.p., in relazione all’art. 2236 c.c., che regola la responsabilità dell’esercente una professione intellettuale nei casi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mira a contemperare due opposte esigenze²⁹: da un lato, “quella di non mortificare l’iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso”; e, dall’altro lato, “quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso”.

Se ne deve ricavare, a parere dei Giudici delle leggi, che “solo la colpa grave, e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all’esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale”. Ciò non significa che “accanto al minimo di perizia richiesta, basti anche un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c’è da riconoscere che, mentre nella prima l’indulgenza di giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alla difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità”³⁰.

Con un espresso riferimento a situazioni emergenziali, anche la giurisprudenza di legittimità più risalente aveva fatto richiamo all’art. 2236 c.c., per limitare ai casi di colpa grave per imperizia la responsabilità del medico. Per esempio: “In tema di valutazione della colpa del medico, quando questi debba risolvere problemi diagnostici e terapeutici in presenza di quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti, nonché della necessità di agire con urgenza, l’eventuale errore del medico, conducente

radicale e finalizzata a garantire l’archiviazione, basata su “formule secche di non punibilità” (si fa l’esempio dell’aggiunta all’art. 590 *sexies* c.p. di un terzo comma del seguente tenore: “Qualora il fatto sia stato commesso durante l’emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e in essa abbia trovato causa, l’esercente la professione sanitaria è punito esclusivamente a titolo di dolo”).

²⁸ Sull’opzione per la colpa grave nel settore medico, cfr. il Progetto Pisapia di riforma del codice penale (*Schema di disegno di legge delega della Commissione Pisapia*) e la relativa *Relazione della Commissione Pisapia per la riforma del codice penale*, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia.

²⁹ Sul punto, la Corte costituzionale richiama espressamente la Relazione del Guardasigilli al codice civile.

³⁰ Corte cost., sentenza 28 novembre 1973, n. 166.

a morte o lesione personale del paziente, può essere valutato sulla base del parametro individuato dall'art. 2236 c.c.; al contrario, quando non si presenti una situazione emergenziale, ovvero quando il caso non implichi problemi di particolare difficoltà, così come quando venga in considerazione negligenza o imprudenza, i canoni valutativi della condotta colposa non possono essere che quelli ordinariamente adottati nel campo della responsabilità penale per la causazione di danni alla vita o all'integrità fisica delle persone con la particolarità che il medico deve sempre attenersi alla regola della massima diligenza e prudenza"³¹.

Del resto, anche in tempi più recenti un filone giurisprudenziale della IV Sezione Penale della Suprema Corte ha ri-valorizzato il disposto dell'art. 2236 c.c., in chiave sostanzialmente scusante, laddove il medico si trovi a fronteggiare situazioni di particolare difficoltà dal punto di vista tecnico, sia in fase diagnostica, sia in fase terapeutica³².

È noto, per converso, come si sia rivelato piuttosto deludente il contributo del legislatore, da ultimo con la citata legge Gelli Bianco, che ha inserito nel codice penale l'art. 590 *sexies*, in tema di responsabilità colposa per morte o lesioni personali del sanitario, modellando un'ipotesi di non punibilità che oscilla tra il tautologico e l'asfittico: "Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Sarebbe un fuor d'opera, in questa sede, anche solo tentare di riassumere l'evoluzione giurisprudenziale ed il dibattito dottrinale sul tema, nonché i rapporti con la previgente normativa del c.d. decreto Balduzzi³³.

Basti dire che l'epilogo interpretativo segnato nel 2018 dall'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza Mariotti, diretto ad attribuire un margine di concreta operatività alla previsione dell'art. 590-*sexies* c.p., ha ritagliato uno spazio davvero esiguo: la non punibilità presuppone infatti il rispetto delle linee guida, adeguate al caso concreto, e "copre" unicamente la colpa lieve (o se si preferisce: non grave) per imperizia che sia circoscritta alla "fase esecutiva" ovvero "attuativa" del trattamento³⁴.

³¹ Cass., Sez. IV, 29 settembre 1997, Azzini.

³² P. es. Cass., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4391 (Rel. Blaiotta).

³³ Nell'imponente mole di letteratura, si possono segnalare, anche per riferimenti bibliografici ulteriori: G. M. CALETTI – M. MATTHEUDAKIS, [Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale](#), in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2/2017, pp. 84 ss.; G.M. CALETTI, [La responsabilità penale in ambito sanitario](#), in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4/2019, pp. 1 ss.; C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4/2017, pp. 200 ss.

³⁴ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Diritto penale contemporaneo*, 1° marzo 2018 (con commento di C. CUPELLI). *Ex plurimis*, su tale pronuncia, R. BLAIOTTA, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 28 maggio 2018; M. GAMBARDILLA, *La responsabilità penale del medico: dal 'ritaglio di tipicità' del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-*

Per soprammercato, le Sezioni Unite inquadrano l'ipotesi di "non punibilità" dell'art. 590-*sexies*, secondo comma, c.p., tra le cause di non punibilità in senso stretto, categoria che trova la sua *ratio* in una valutazione di opportunità operata dal legislatore, a fronte di un reato completo di tutti i suoi elementi, o comunque – qualora si acceda ad una sistematica quadripartita ⁽³⁵⁾ – di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole.

Ciò significa che la colpa, in rapporto ai delitti di lesioni personali colpose e di omicidio colposo nel settore dell'attività medico-chirurgica, viene ad assumere addirittura una "tripla misura" e collocazione: dapprima, in sede di tipicità del fatto colposo; poi nella prospettiva della colpevolezza; infine in sede di punibilità *stricto sensu* intesa.

Per cui il magistrato chiamato a valutare la "non punibilità per colpa lieve da imperizia circoscritta alla fase esecutiva" giunge a questa (un po' paradossale) fase del giudizio dopo aver accertato che la condotta è inosservante di regole cautelari doverose, che esistono i necessari nessi – sul piano naturalistico e normativo – tra condotta colposa ed evento, e che il comportamento alternativo lecito è esigibile (dunque che non vi è ragione per escludere il rimprovero di colpevolezza, scusando il soggetto agente). Già tutto questo pare eloquente per rendere l'idea della contorsione richiesta nella "terza fase" del giudizio sulla colpa, finalizzata alla verifica della sola punibilità: così determinandosi una sorta di "corto circuito della colpa", che contribuisce a spiegare la scarsa fortuna sul piano pratico-applicativo dell'innesto dell'art. 590-*sexies* nel codice penale.

7. Cenni conclusivi.

Come si è in altri contesti parlato di un diritto penale simbolico, nel senso della minaccia di punizione, a proposito dell'emergenza Covid-19 si può evocare una sorta di "diritto penale simbolico della assicurazione", basato su talune previsioni di non punibilità destinate ad incidere ora sul perimetro della tipicità del fatto colposo, ora sulla colpevolezza, escludendola, mediaticamente veicolate sotto la generica quanto impropria etichetta di "scudi penali".

In realtà le disposizioni speciali che si sono esaminate in tema di responsabilità del datore di lavoro, del vaccinatore, del personale sanitario paiono destinate a un'incidenza marginale, nel confronto con i problemi decisivi, che possono essere gestiti dalla Magistratura mediante un corretto utilizzo delle categorie generali della colpa e della causalità.

Peraltro, l'apertura espressa alla colpa grave nel settore dell'attività medica sembra meritare di sopravvivere al contesto emergenziale, trasformata in previsione "endemica", così avallando un nuovo corso già in parte anticipato dal diritto vivente quanto alla colpa grave per imperizia, mediante il ricorso al disposto dell'art. 2236 c.c.

Bianco, in *Archivio penale*, 2018, *Speciale riforme*, pp. 303 ss.

³⁵ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VIII ediz., Giuffrè, 2019, pp. 207 ss.