

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

**IL REATO DI EPIDEMIA NEL CONTRASTO
DELLA PANDEMIA DA COVID-19.
PROBLEMI ERMENEUTICI
E RAPPORTI CON LE FATTISPECIE DI OMICIDIO (*)**

di Alexander Harry Bell

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Cosa si intende per epidemia. – 3. Come si realizza un fatto di epidemia. – 3.1 Può commettere un fatto di epidemia il soggetto infetto che sia esso stesso vettore dei germi patogeni? – 3.2 Può commettersi un fatto di epidemia tramite una condotta omissiva? – 4. La prova della causalità tra evidenza epidemiologica e regole cautelari improprie. – 5. Il rapporto con le fattispecie di omicidio.

1. Premessa.

Di fronte al progressivo aggravarsi dell'emergenza sanitaria connessa al diffondersi del virus covid-19 sul territorio nazionale e, in parallelo, anche in tutto il resto del globo, è da subito affiorata l'idea, non solo tra i penalisti, che il delitto di epidemia, con cui si apre il Capo II del Titolo VI del codice penale, dimora dei delitti posti a presidio della salute pubblica, possa costituire un valido strumento di repressione dei comportamenti che, in vario modo, contribuiscono a diffondere il virus tra la popolazione, provocando nuovi casi di infezione o veri e propri cluster epidemici.

Lo stesso legislatore, d'altro canto, quando ha introdotto, con il dl 19/20, entrato in vigore il 26 marzo 2020, la contravvenzione che punisce la violazione della quarantena obbligatoria da parte di soggetti positivi al covid-19 (art. 4, co. 6), ha previsto che tale reato può trovare applicazione "Salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale": una clausola di sussidiarietà espressa che muove chiaramente dall'assunto che il fatto del positivo che, violando il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione, esce di casa e contagia altre persone può potenzialmente integrare gli estremi del più grave delitto di epidemia colposa.

Lo scoppio della pandemia ha quindi tutt'a un tratto acceso i riflettori su un delitto che, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dal codice Rocco (né i codici preunitari, né il codice Zanardelli prevedevano incriminazioni analoghe), fino a oggi era rimasto nella penombra del dibattito dottrinale e di cui si rinvenivano poche tracce anche in ambito giurisprudenziale.

(*) 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: profili penalistici e giuslavoristici" (6-8 aprile 2022). Il contributo è destinato alla pubblicazione sui "Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura".

Resta a questo punto da capire se, insieme alle luci della ribalta, il delitto di epidemia saprà “guadagnarsi” anche veri e propri spazi applicativi nella prassi giudiziaria.

Per rispondere a tale quesito, e guardando anzitutto alla fisionomia del fatto tipico costruito dal legislatore, sono due i nodi ermeneutici fondamentali che occorre sciogliere: il primo riguarda la *definizione dell'evento*, il secondo le *modalità di realizzazione della condotta*. Come vedremo, peraltro, provando a ragionare di possibili applicazioni dell'epidemia a fatti di diffusione del virus covid-19, di queste due questioni, solo la seconda risulta davvero problematica.

C'è poi una terza questione che, sebbene non strettamente connessa all'interpretazione della norma, andrà quanto meno accennata, visto il ruolo decisivo che essa sarebbe senz'altro destinata a giocare qualora processi per epidemia da covid-19 dovessero essere effettivamente imbastiti e celebrati, ed è quella relativa alla prova della causalità, che secondo molti risulterebbe pressoché irraggiungibile, o raggiungibile solo in casi estremi, a fronte di un virus ubiquitario come il covid-19.

Ma andiamo con ordine, e cominciamo a smarcare le questioni “più semplici”.

2. Cosa si intende per epidemia.

Il fatto tipico dell'art. 438 c.p. prevede, quale primo essenziale requisito, che la condotta dell'agente provochi un *evento naturalistico* qualificabile come epidemia.

In assenza di una definizione normativa di tale concetto, un certo orientamento dottrinale, risalente nel tempo, attingendo alla nozione di epidemia che è applicata in taluni settori della scienza medica, riteneva che l'evento epidemico si caratterizzasse essenzialmente per la *dimensione quantitativo-dimensionale* della diffusione della malattia, che si sostanziasse, cioè, nella verifica, all'interno di una data popolazione, in un breve lasso temporale, di una *moltitudine* di casi di una stessa malattia aventi la medesima origine.

Pluralità di casi, loro comune origine e rapidità del loro verificarsi erano quindi considerati i tre elementi essenziali dell'epidemia. *Non* era invece richiesta – perché non espressamente contemplata dalla lettera della norma – l'eventuale *capacità diffusiva* della malattia, vale a dire la sua attitudine a diffondersi ulteriormente e autonomamente nella popolazione.¹

¹ PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica del pericolo*, Napoli, 1975, p. 195. Secondo l'A., l'applicazione del delitto di epidemia prescinderebbe dalla prova dell'attitudine diffusiva del morbo in quanto “nella formulazione normativa [...] non è contenuto alcun riferimento all'espansione della malattia che, anzi, rappresenta un «evento ulteriore» rispetto alla consumazione del reato che si perfeziona nel momento in cui l'agente diffondendo, con dolo o per colpa (art. 452 c.p.), germi patogeni determina l'insorgere di un male che interessa un numero considerevole di persone, e quindi provoca un danno per l'incolumità pubblica”. Nello stesso senso, v. Lai, *Incolumità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 1989, p. 14; GUADAGNO, *Epidemia*, in E. F., III, 1958, p. 484; STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3952, secondo cui “sarebbe la vastità del fenomeno, inteso come evento che colpisce gruppi rilevanti della popolazione” – e non la sua ulteriore diffusività – “a connotare il reato”; di talché, “una volta diffuso il

A quest'orientamento se n'è negli anni contrapposto un secondo, che risulta oggi ormai dominante, secondo cui il concetto penalistico di epidemia non può prescindere dalla effettiva capacità della malattia di trasmettersi orizzontalmente nella popolazione; una nozione che di fatto limita il concetto di epidemia alle sole *malattie infettive* (malattie che si propagano attraverso "il passaggio dell'agente eziologico da un ospite all'altro, sia per contatto diretto, sia tramite l'ambiente"²).

L'orientamento in parola giunge a tale soluzione valorizzando, in particolare, la *collocazione sistematica* dell'art. 438 c.p. tra i delitti di pericolo comune, tra quei delitti, cioè, che offrono una tutela *anticipata* ai beni dell'incolumità e della salute pubblica, sanzionando fatti caratterizzati dalla diffusibilità del pericolo.

Secondo questa ricostruzione, il disvalore del fatto previsto dall'art. 438 c.p., che giustifica l'estrema severità del trattamento sanzionatorio che gli è riservato dal legislatore, non sta tanto (o non solo) nel numero, anche elevato, di vittime che sono da esso provocate, bensì nella sua *capacità di diffondersi ulteriormente nella popolazione*, mettendo a repentaglio la salute di una moltitudine indistinta di individui³⁴.

germe e contagiati 100 o 200 soggetti, una volta realizzato l'evento epidemico, una volta leso il bene protetto dell'incolumità pubblica, è del tutto evidente che non si porrà in alcun modo il problema di una ulteriore diffusività della malattia" (p. 3952).

² CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, II, *I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2014, p. 85. Corbetta ritiene in particolare che la nozione di epidemia sarebbe in grado di abbracciare qualsiasi malattia infettiva anche non contagiosa, ossia anche quelle malattie che si trasmettono ad altri soggetti, non a seguito dell'eliminazione dell'agente patogeno all'esterno dell'ospite nel corso del processo infettivo – come accade per le malattie infettive contagiose –, bensì attraverso l'intervento di appositi vettori – è il caso della malaria, che si diffonde attraverso le zanzare del genere *Anopheles* – ovvero al verificarsi di particolari evenienze – come nel caso del tetano, "che spesso deriva da una ferita, anche banale, occorsa a una persona non adeguatamente vaccinata". A proposito della corrispondenza "epidemia-malattia infettiva", e della portata concettualmente delimitativa di tale corrispondenza, Cagli osserva che "l'aumento della morbidità, ad esempio, rispetto a malattie oncologiche accertata con riferimento al territorio di Taranto o di Casale Monferrato, solo impropriamente può essere ricondotto ad una epidemia: non si tratta di malattie infettive, caratterizzate da trasmissibilità orizzontale; non si è in presenza di una diffusione di «germi» patogeni, secondo l'espressione utilizzata dal legislatore del 1930" (CAGLI, voce *Epidemia colposa*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, collana *I tematici*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2021, p. 479).

³ Secondo Corbetta, tale conclusione risulta ulteriormente avvalorata dal confronto con la pena massima irrogabile in caso di plurime lesione personali dolose – confronto che qui rileva in quanto, in caso di epidemia, la pena dell'ergastolo prevista dall'art. 438 c.p. "deve coprire", non solo il pericolo di contagio, ma anche i danni già provocati dall'avvenuta diffusione della malattia –: "se, difatti, la pena concretamente irrogabile per il delitto doloso ex artt. 81, comma 1, 582, quale che sia il numero di vittime, non può superare il limite di nove anni di reclusione, per integrare il delitto di epidemia – punito con l'ergastolo – è necessario che la malattia abbia già avuto un'ampia diffusione" (CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, II, cit., p. 95).

⁴ Sul punto, Gargani ha efficacemente osservato che "nella fattispecie di epidemia, il danno personale surroga il danno materiale, mantenendo, in chiave strumentale, la natura di danno qualificato da pericolo comune che [...] è sottesa alla nozione normativa di disastro". Nell'ambito dell'art. 438 c.p., quindi, la persona colpita dall'infezione contagiosa viene in rilievo in quanto potenziale veicolo dell'epidemia, in ciò rispecchiandosi "il rapporto di subordinazione logica tra individuo e collettività, tra danni individuali e pericolo comune, secondo una prospettiva di tutela volta – non solo e non tanto – a prevenire e reprimere la lesione di persone determinate, quanto, piuttosto, a contrastare il pericolo che la malattia si estenda

La scarsissima *giurisprudenza* in tema di epidemia, composta da vicende processuali che si sono sistematicamente concluse con l'assoluzione degli imputati, ha quasi sempre aderito a questo secondo orientamento.

Il dato interessante è che proprio l'assenza del requisito della rapida diffusività della malattia è stata spesso valorizzata dai giudici per escludere, nei singoli processi, gli estremi del delitto.

È ciò che accaduto, per esempio, in un caso risalente agli anni Settanta e riguardante la diffusione di salmonellosi, che aveva colpito complessivamente quarantotto persone, clienti e dipendenti di due alberghi, gestiti da due fratelli, che erano stati accusati di epidemia colposa. Il caso si è chiuso con l'assoluzione degli imputati. La sentenza di primo grado di quel processo, pronunciata dal Tribunale di Bolzano⁵, risulta particolarmente interessante, anzitutto per l'accurata analisi esegetica che propone del delitto di epidemia, ancora oggi attuale. Si legge in particolare in quella sentenza che l'evento epidemico si compone di quattro distinti elementi:

1. il carattere contagioso del morbo;
2. la rapidità della diffusione e la durata cronologicamente limitata del fenomeno;
3. il numero elevato di persone colpite e il correlativo pericolo per un numero indeterminato e notevole di individui;
4. l'estensione territoriale di una certa ampiezza del morbo.

Alla luce di tale ricostruzione, il Tribunale ha escluso che nel caso di specie si potesse parlare di epidemia, ai sensi dell'art. 438 c.p., in quanto "le persone riscontrate affette da salmonellosi appartenevano tutte a due *ristrettissime comunità* costituite dai clienti e dal personale di due pensioni di montagna, e quindi da qualche decina di turisti, onde non può certo parlarsi né di 'regione' né di 'popolazione', e mancò ogni propagazione al di fuori di quel ristretto ambiente".

Considerazioni analoghe si rinvencono anche in una più recente sentenza del Tribunale di Trento, pronunciata in una delle vicende giudiziarie scaturite a seguito del drammatico contagio di virus HIV, HBV e HCV provocato nella prima metà degli anni Ottanta dalla commercializzazione di emoderivati infetti⁶, ove si afferma che l'evento-

ulteriormente, al di là ed oltre la cerchia delle persone infettate dall'agente, secondo un'autonoma ed incontrollabile dinamica causale in grado di interessare una pluralità indeterminata di individui. L'asse della tutela è, quindi, teleologicamente orientata verso le vittime potenziali piuttosto che verso quelle effettivamente colpite: il fondamento dell'incriminazione dell'epidemia poggia più sul pericolo di «infezioni secondarie» (o ulteriori), che non sul danno delle persone infettate (c.d. infezioni primarie)" (GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo, Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 349). In senso sostanzialmente analogo, cfr. ARDIZZONE, *Epidemia*, in *Dig. pen.*, IV, 1990, p. 250 ss.; PICCININO, *I delitti contro la salute pubblica*, Milano, 1968, p. 260, BELL, *Pericolo e incolumità pubblica*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 151 ss.

⁵ T. Bolzano 13.3.1979, trattata ampiamente in CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit. p. 89.

⁶ Per una disamina analitica di quella che è stata definita una "vera e propria tragedia sanitaria", v. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano, 2013, p. 218 ss.

epidemia rappresenta, al contempo, “un evento di danno, per la malattia infettiva che la condotta provoca in un certo numero di persone, e di pericolo, per la capacità di propagarsi della malattia stessa verso una cerchia indeterminata di persone”. Solo così, infatti – si è detto – trova giustificazione la scelta del legislatore di collocare la “norma penale tra i «delitti di comune pericolo», costituendo il fatto dannoso prodottosi, stante la natura contagiosa della malattia, la fonte di ulteriori possibili danni, cioè il concreto pericolo che il bene giuridico protetto dalla norma – rappresentato dall’incolumità pubblica e dalla salute pubblica – possa essere distrutto o diminuito”⁷.

Sintetizzando: dottrina e prassi sono oggi allineati nell’affermare che non c’è epidemia senza un elevato numero di casi di malattia e il pericolo di una ulteriore e incontrollata diffusione della malattia.

Una conclusione che, all’evidenza, non impedisce di ipotizzare possibili spazi applicativi per il delitto di epidemia in caso di focolai di covid-19, considerato che, tra le cose che possiamo dire di conoscere per certo di tale virus, v’è senz’altro la sua incredibile capacità di diffondersi in brevissimo tempo e con estrema facilità tra la popolazione.

Il covid-19, insomma, per dirla con Castronuovo, è una “*patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di diffusività che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia*”⁸.

3. Come si realizza un fatto di epidemia.

Così abbozzato il concetto penalistico di epidemia, occorre verificare con quali modalità il legislatore pretende che quest’evento venga provocato.

Questo quesito può essere a sua volta scomposto in due sotto-quesiti, entrambi, come vedremo, decisivi anche nella prospettiva della costruzione di eventuali contestazioni per comportamenti connessi alla diffusione del covid-19: (i) può commettere un fatto di epidemia il soggetto infetto che sia esso stesso vettore dei germi patogeni?; (ii) può commettersi un fatto di epidemia tramite una condotta omissiva?

⁷ Trib. Trento, 16 luglio 2004, n. 422, in *Riv. pen.* 2004, pag. 1238. V. anche G.u.p. Trento, 12 luglio 2002, in *Cass. pen.* 2003, pag. 3940 ss. Quattro anni più tardi, nel 2008, anche il G.u.p. del Tribunale di Savona ha negato il rinvio a giudizio per il delitto di epidemia, in un caso di plurimo contagio da salmonella (cagionato dalla distribuzione, presso la mensa di un ente pubblico, di cibo contenente salsa tonnata conservata senza le adeguate cautele), stante l’insuscettibilità dell’evento morboso di diffondersi in persone diverse da quelle che avevano ingerito il pasto infettato dal germe patogeno (G.u.p. Savona, 6 febbraio 2008, in *Riv. pen.*, 2008, p. 671 ss.).

⁸ CASTRONUOVO, [I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali](#), in *La Legislazione penale*, 10 maggio 2020, p. 10.

3.1 Può commettere un fatto di epidemia il soggetto infetto che sia esso stesso vettore dei germi patogeni?

La risposta al primo quesito ruota essenzialmente attorno al significato, e al ruolo, che è possibile riconoscere all'espressione "*mediante diffusione di germi patogeni*", che compare nella lettera dell'art. 438 c.p. e che insieme al concetto di epidemia concorre a definire i contorni del fatto tipico del delitto in esame.

Un primo orientamento ritiene che, per potersi parlare di una diffusione di germi patogeni, nel senso inteso dal legislatore, occorre che l'agente, prima di diffonderli tra la popolazione, *possieda* i germi come un *oggetto materiale fisicamente separato da sé*, ad esempio perché li ha coltivati in vitro.

Quest'interpretazione, comparsa saltuariamente (anche in tempi recenti) nella giurisprudenza di merito⁹, prende spunto, in particolare, da un passaggio della relazione ministeriale che è allegata ai lavori preparatori del codice penale, ove la previsione del delitto di epidemia è spiegata dall'allora Guardasigilli Rocco in ragione della "enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in *possesso* di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli"¹⁰.

Sulla scorta di tale esegesi, che si ritiene essere la più aderente alla volontà del legislatore storico, si esclude quindi la possibilità che il reato possa essere integrato dal soggetto infettato che, operando come una sorta di *corpo-vettore* dei germi, diviene *sorgente di infezione* e diffonde gli agenti patogeni tra una moltitudine di persone¹¹.

Questa lettura, che è stata peraltro recentemente riproposta da alcuni autori proprio con riferimento all'emergenza pandemica da covid-19¹², non sembra persuadere la giurisprudenza più recente, ove infatti prevale l'opposta tesi, secondo cui la locuzione impiegata dal legislatore per descrivere le modalità di realizzazione dell'epidemia ha una latitudine semantica sufficientemente ampia da abbracciare condotte differenti, tra le quali va senz'altro ricompresa anche la trasmissione del virus da parte di un soggetto infetto, che è indubbiamente una forma di "diffusione di germi patogeni".

In questo senso, in particolare, si è espressa una sentenza del 2019 della Corte di Cassazione, pronunciata all'esito di un processo per lesioni personali aggravate ed

⁹ Si vedano, più avanti, le parole della Corte di Assise d'appello di Roma nel caso deciso da Cass. n. 48014/19.

¹⁰ Lavori preparatori del codice penale, Relazione del Guardasigilli, Vol. V Parte II, p. 229.

¹¹ Abbraccia tale soluzione la già citata sentenza del Tribunale di Bolzano del 13.3.1979 sui casi di salmonellosi (v. nota 5), nella cui motivazione si legge che "si deve senz'altro escludere [...] che debba rispondere di epidemia colui che sapendosi affetto da morbo contagioso anche non gravissimo, poniamo la scarlattina o anche una delle molte influenze stagionali, si mescoli tra la folla pur sapendo che infetterà quasi fatalmente altre persone".

¹² Secondo Gargani, il dominio dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico – potere che evidentemente manca al soggetto contagiato – costituisce, al pari della trasmissione a più persone del germe patogeno e del pericolo dell'ulteriore diffusione del virus, un requisito selettivo indispensabile del delitto di epidemia, "rispecchiato dai livelli edittali e prescindendo dal quale le difficoltà di accertamento del nesso eziologico – richiesto dalla norma – si rivelano di fatto insormontabili" (GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, p. 888). Nello stesso senso, BARTOLI, [La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus](#), in questa *Rivista*, 2020, 7, p. 89.

epidemia a carico di un uomo che, tramite rapporti sessuali non protetti, aveva consapevolmente trasmesso il virus dell'HIV a numerose donne.¹³

Il processo si è chiuso in tutti e tre i gradi di giudizio con la condanna dell'imputato per il delitto di lesioni personali e l'assoluzione per il delitto di epidemia.

In motivazione, la Cassazione ricorda che in primo grado la Corte di Assise di Roma aveva escluso gli estremi del delitto di epidemia in quanto il fenomeno che si addebitava all'imputato risultava *quantitativamente circoscritto* e non era pertanto suscettibile, sotto il profilo dimensionale, di essere qualificato come un vero e proprio evento epidemico; la Corte d'assise d'appello era giunta alla medesima conclusione, confermando l'assoluzione dal delitto epidemia, ma sulla scorta del diverso argomento per cui il reato di cui all'art. 438 c.p. "è reato a *forma vincolata* nella cui descrizione *non è ricompreso il contagio umano*, ossia il contagio che prevede comunque l'intervento della mano umana. Affinché possa configurarsi il reato occorre che l'autore abbia il *possesso fisico* di germi patogeni e che si renda responsabile non di singole condotte di trasmissione di agenti patogeni, ma dello spargimento di tali germi in un'azione finalizzata a colpire, nel modo più rapido e incontrollabile, una pluralità indeterminata di soggetti".

La Cassazione conferma anch'essa l'assoluzione dell'imputato per il capo relativo all'epidemia, ma, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte d'assise d'appello, statuisce che sarebbe errato "elevare a principio generale inderogabile che nella nozione di diffusione non rientrino le forme di contagio per contatto fisico tra agente e vittima", non potendosi infatti escludere "che vi siano o possano essere, attraverso queste modalità, contagi rapidi di un numero potenzialmente più elevato di persone". Secondo la Cassazione, quel che difetta nel caso di specie è l'evento di epidemia.

Per i giudici di legittimità, in definitiva, *nulla osta a che la "diffusione di germi patogeni" avvenga per il tramite di un soggetto infetto*.

Una conclusione, a mio avviso, più che condivisibile, dal momento che la lettera della norma non offre alcun appiglio per sostenere la necessità di una separazione fisica tra i germi e il soggetto che li diffonde.

E mi sembra del tutto ragionevole quanto afferma Castronuovo, che non ravvede "differenze significative tra chi veicola il patogeno in un'ampolla – es. bacillo della peste o dell'antrace – e chi lo veicola nel proprio corpo – es. Sars-Cov-2 – spargendo l'unzione con colpi di tosse, starnuti o toccando maniglie, corrimano, pulsanti, tastiere od oggetti vari"¹⁴.

¹³ Cass., Sez. I, sent. 30 ottobre 2019 (dep. 26 novembre 2019), n. 48014, in questa *Rivista*, 19 dicembre 2019, con nota di LAZZERI, [Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti](#). Sul tema, v. anche MANFREDI, [Può un uomo cagionare un'epidemia da virus hiv? La prospettiva Manzoniana \(e Manziniana\) di una recente decisione \(nota a G.U.P. Roma, decreto 14 novembre 2016, Giud. Battistini\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 7.3.2017.

¹⁴ CASTRONUOVO, *Il diritto penale al tempo della "peste"*, in *Diritto virale*, fasc. 2, p. 75. Fa rientrare il soggetto infetto tra i possibili autori del delitto di epidemia anche CAGLI, voce *Epidemia colposa*, cit., p. 483. Sul punto, è interessante anche quanto rileva Corbetta laddove, a proposito della condotta commissiva del delitto di epidemia, afferma che non è necessariamente richiesto "che il successivo propagarsi di virus, batteri e di

Alla domanda “Può commettere un fatto di epidemia il soggetto infetto che sia esso stesso vettore dei germi patogeni?” mi pare, quindi, che possa serenamente risponderci in modo *affermativo*.

3.2 Può commettersi un fatto di epidemia tramite una condotta omissiva?

Questa seconda domanda è destinata a giocare un ruolo decisivo nei processi per epidemia che saranno imbastiti nei confronti di datori di lavoro o di responsabili di ospedali, rsa, carceri, ecc., nelle cui comunità si siano verificati focolai d’infezione da covid-19. Qualora si ritenesse di elevare una contestazione a titolo di epidemia colposa nei confronti di tali soggetti, è infatti verosimile che le condotte che saranno loro addebitabili avranno per lo più natura omissiva, e consisteranno in particolare nella omessa adozione delle misure anti-contagio previste dalla normativa emergenziale.

Sul tema della configurabilità dell’epidemia omissiva la dottrina non fornisce risposte univoche.

I termini della discussione sono ben esemplificati dalle opposte opinioni che, sul punto, sono state espresse da Corbetta e Gargani, che trattano diffusamente il delitto di epidemia nei rispettivi trattati sui delitti contro la salute pubblica.

Gargani ritiene che il delitto di epidemia *non* sarebbe configurabile nella forma commissiva tramite omissione, in quanto “non può trascurarsi il fatto che l’evento deve pur sempre essere cagionato attraverso una specifica e peculiare modalità, con conseguente inapplicabilità della clausola di cui all’art. 40/2 c.p. (la quale, com’è noto, è suscettibile di combinarsi soltanto con le fattispecie incriminatrici causalmente orientate, che come tali prescindono dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali)”.¹⁵

Secondo Gargani, quindi, l’espressione “mediante la diffusione di germi patogeni” definisce una *specifica modalità di realizzazione della condotta*, il che fa dell’art. 438 c.p. un *delitto a forma vincolata*, in quanto tale non suscettibile di essere convertito in reato omissivo improprio tramite l’applicazione della clausola di equivalenza prevista dal 40 cpv.

Corbetta, al contrario, ritiene che quell’espressione “non seleziona una modalità determinata della condotta, ma *circoscrive l’evento*, nel senso che l’epidemia rilevante ex art. 438 c.p. è solo quella che riguarda le malattie infettive, le sole provocate, appunto, dalla ‘diffusione di germi patogeni’”.¹⁶

qualsivoglia microorganismo patogeno sia opera *diretta* dell’agente: può infatti verificarsi il caso in cui all’origine di un’epidemia via sia il contagio [...], da parte dell’agente, di una singola persona, la quale, a sua volta, divenendo sorgente di infezione, diffonde gli agenti patogeni di una data malattia infettiva a una pluralità indeterminata di persone, che divengono essi stessi sorgente di infezione, la quale, diffondendosi in maniera ampia e incontrollata tra la popolazione, raggiunge le dimensioni di una vera e propria epidemia (CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica*, II, cit., p. 70).

¹⁵ GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano, 2013, p. 213.

¹⁶ CORBETTA, *Delitti contro l’incolumità pubblica*, II, cit., p. 16.

Secondo tale impostazione, dunque, l'epidemia non sarebbe un delitto a forma vincolata, ma un delitto *a mezzo vincolato*, rispetto al quale non si porrebbe alcun problema di applicabilità della clausola di equivalenza del 40 cpv.

La posizione di Corbetta è condivisa da molti degli autori che si sono occupati di epidemia dopo lo scoppio dell'emergenza da covid-19.

Piras, per esempio, in una breve nota pubblicata su questa *Rivista*¹⁷, ha sostenuto che "la diffusione di germi patogeni è l'essenza dell'epidemia", nel senso che sarebbe impossibile ragionare di epidemia in assenza di una diffusione di germi patogeni.

"Qual è quindi la funzione che svolge nell'art. 438 c.p. il richiamo alla diffusione di germi patogeni?", si chiede l'autore: "È una funzione chiarificatrice, quella di meglio descrivere il fatto tipico. Senza però nulla aggiungere in termini di tipicità del fatto, già tutta racchiusa nel sostantivo 'epidemia'".

In sintesi, secondo Piras: "l'epidemia non è un reato a forma vincolata, perché il legislatore non ha selezionato una modalità di commissione, ma ha solo preso atto dell'unica modalità di commissione. È un reato *a forma naturalisticamente vincolata*, non giuridicamente".¹⁸

Nell'unica sentenza in cui ha preso esplicitamente posizione su tale questione, la Cassazione ha *negato* la configurabilità dell'epidemia colposa in forma omissiva.

Il riferimento è a Cass. 9133/18, pronunciata nell'ambito di un procedimento a carico dei gestori di un acquedotto comunale, ai quali era contestato il delitto di epidemia colposa in relazione a una serie di infezioni gastroenteriche acute che avevano colpito i malcapitati abitanti di alcuni comuni del bresciano e che erano state asseritamente provocate dalla presenza nell'acqua distribuita dalla rete acquedottistica di alcuni microorganismi patogeni. Nello specifico, agli imputati si contestava di non aver adottato le misure tecniche necessarie a garantire un'efficace depurazione delle acque, misure che, se correttamente attuate, secondo la prospettiva accusatoria avrebbero impedito la distribuzione di acqua contaminata e, conseguentemente, gli eventi di danno alla salute della cittadinanza.

In primo e in secondo grado gli imputati erano stati condannati per epidemia colposa.

La Cassazione annulla le condanne, rilevando anzitutto che "il fatto tipico previsto nell'art. 438 cod. pen. è modellato secondo lo schema dell'illecito causalmente orientato in quanto il legislatore ha previsto anche il percorso causale, con la

¹⁷ PIRAS, [Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva](#), in questa *Rivista*, 8 luglio 2020.

¹⁸ Analogamente, cfr. CASTRONUOVO, *Il diritto penale al tempo della "peste"*, cit., p. 75, che dubita che la locuzione "mediante diffusione di germi patogeni" conferisca all'epidemia le caratteristiche di un vero e proprio illecito di modalità di lesione, essendo difficile immaginare con quali altre e diverse modalità si potrebbe cagionare l'evento epidemico. Anche Pelissero ritiene che il reato possa essere considerato a forma libera: "l'indicazione del mezzo (i germi patogeni) non comporta anche una specificazione delle note modali della condotta che rimane libera, ammettendo qualsiasi modalità di trasmissione diretta (per contatto o via aerea) o indiretta (attraverso superfici o altri vettori) del virus. Non vi sono, pertanto, preclusioni nell'ammettere la responsabilità per omesso impedimento dell'evento" (PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 2, p. 525).

conseguenza che il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità”.

Secondo i giudici di legittimità, “l’epidemia costituisce l’evento cagionato dall’azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l’agente sia in possesso”. Tale soluzione interpretativa “risulta chiaramente esplicitata nella relazione del Guardasigilli ai lavori preparatori del codice penale in cui veniva sottolineata, a giustificazione della incriminazione e della gravità delle pene contemplate, «l’enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli»”.

L’art. 438 c.p. evoca, pertanto, “una condotta commissiva a forma vincolata di per sé incompatibile con il disposto dell’art. 40, comma 2, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera, ovvero a quelle la cui realizzazione prescinde dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali”.

La Cassazione afferma infine che il diverso orientamento, secondo cui l’art. 438 c.p. configurerebbe un delitto a mezzo vincolato, non è condivisibile in quanto “finisce per disapplicare la predetta locuzione che rappresenta uno degli elementi essenziali della fattispecie; nè può fondatamente ritenersi che l’espressione contenuta nell’art. 438 cod. pen. sia meramente pleonastica o addirittura tautologica”.

Un cenno al tema della convertibilità in illecito omissivo improprio del delitto di epidemia lo si ritrova anche nella recentissima Cass. 20416/21, che merita d’essere qui menzionata anzitutto perché intervenuta nell’ambito di un procedimento per epidemia colposa correlato proprio alla verifica di svariati casi di infezione da covid-19. Il procedimento in questione vede in particolare indagato il legale rappresentante di una società che gestisce una casa di riposo, sita nel comune siciliano di Caltagirone, della quale il pubblico ministero aveva chiesto il sequestro preventivo, dopo che svariati pazienti e dipendenti della struttura erano risultati positivi al virus. All’indagato si contesta di aver provocato l’evento epidemico attraverso “la omessa doverosa integrazione del documento di valutazione dei rischi con le procedure previste dal D.P.C.M. 24 aprile 2020 e l’omesso aggiornamento dello stesso”.

A seguito dell’annullamento del decreto di sequestro da parte del Tribunale del riesame di Catania, il pm aveva proposto ricorso, che la Cassazione rigetta ritenendolo infondato.

In motivazione, i giudici di legittimità ripercorrono il ragionamento svolto dal giudice del riesame, che viene valutato come congruo e logico, e che prende le mosse dall’esplicita adesione al principio formulato da Cass. 9133/18, secondo cui “In tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l’art. 438 cod. pen., con la locuzione ‘mediante la diffusione di germi patogeni’, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell’art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera”.

La Corte ricorda quindi che il giudice catanese, nel motivare l’annullamento del decreto di sequestro, aveva poi aggiunto che, anche a voler aderire all’opposto orientamento, che ritiene configurabile l’epidemia omissiva, in ogni caso il

provvedimento ablativo sarebbe stato da annullare, in quanto mancava di illustrare “gli elementi e le ragioni logico-giuridiche in base ai quali la condotta omissiva ascritta all'indagato sia causalmente collegabile alla successiva diffusione del virus da Covid-19 tra i pazienti ed il personale dalla casa di riposo diretta dal ricorrente”. D'altro canto, aveva osservato nello specifico il Tribunale del riesame, non poteva certo escludersi che “qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, ex art. 27 D.Igs. 81/2008, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi”.

Completa lo scarno quadro giurisprudenziale una terza sentenza di legittimità, che vale la pena di richiamare, perché contiene delle considerazioni che sembrano invece aprire alla possibilità che un fatto di epidemia possa essere realizzato in forma omissiva.

Si tratta, nello specifico, della già citata Cass. 48014/19, sul caso delle plurime infezioni da HIV provocate tramite rapporti sessuali non protetti.

Nella motivazione di tale sentenza, c'è infatti un passaggio nel quale la Cassazione, allorché critica la posizione della Corte d'Assise d'appello – che, si ricorderà, aveva escluso che il contagio umano potesse annoverarsi tra le modalità di realizzazione del 438 c.p. –, afferma che “la norma incriminatrice non seleziona le condotte diffusive rilevanti e richiede, con espressione quanto mai ampia, che il soggetto agenti procuri una epidemia, mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuarsi in che modo debba avvenire questa diffusione”.

Una considerazione, quella appena riportata, che parrebbe suggerire la possibilità che il delitto di epidemia possa essere qualificato come un delitto di evento a forma libera e sia quindi convertibile in un reato omissivo improprio per il tramite della clausola del 40 cpv.

La Cassazione, però, non chiude il ragionamento, non arriva cioè a sostenere esplicitamente la configurabilità dell'epidemia in forma omissiva; d'altro canto, non ha interesse a prendere posizione su questa specifica questione, dal momento che l'unico aspetto che le interessa evidenziare è che nel concetto di “diffusione di germi patogeni” può senz'altro farsi rientrare la trasmissione del virus tramite contagio umano, vale a dire la condotta – attiva – che nel caso di specie era contestata all'imputato.

Il passaggio che ho sopra citato costituisce, dunque, un semplice obiter, nulla di più.

In definitiva, quel che finora ci ha detto la giurisprudenza di legittimità è che l'epidemia può essere realizzata solo attraverso una condotta commissiva.

È chiaro che, a fronte di un unico arresto giurisprudenziale, sarebbe decisamente azzardato parlare di un orientamento consolidato. In ogni caso, gli argomenti su cui fa leva quest'unica sentenza della Cassazione mi paiono decisamente *persuasivi*.

È difficile dubitare, in particolare, anche alla luce di quel che si legge nei lavori preparatori, che con l'espressione “mediante la diffusione di germi patogeni” il legislatore abbia inteso specificare – non tanto come deve atteggiarsi l'evento, bensì – quali note modali devono contrassegnare l'azione di colui che “cagiona” la verifica dell'evento epidemico, e che proprio in tali note modali, e non nella sola causazione dell'evento, risiede il peculiare disvalore del fatto previsto dall'art. 438 c.p.; un fatto cui il legislatore, peraltro, ha riservato un trattamento sanzionatorio di eccezionale severità,

quanto meno per l'ipotesi dolosa, il che rende ancor più pressante l'esigenza di attenersi a soluzioni interpretative che riconoscano un'effettiva funzione selettiva alle parole scelte per descrivere il modello legale.

E se è vero che è difficile immaginare un'epidemia che non sia innescata da una dispersione di germi patogeni, è altrettanto vero, tuttavia, che il concetto di "cagionare mediante diffusione" implica necessariamente un comportamento *attivo*, che consiste per l'appunto nel propagare, anche nelle vesti di "semplice" vettore, i microorganismi che determinano il fenomeno morboso; e, per quanto lato, tale concetto qualcosa dal tipo legale lo taglia fuori senz'altro: tutto ciò che si risolve in un mero contegno omissivo¹⁹²⁰.

Applicare la clausola prevista dall'art. 40 cpv per trasformare il delitto di epidemia in un illecito omissivo improprio comporta, in definitiva, un'inevitabile violazione del principio di legalità, trattandosi di un'operazione che attrae nell'area

¹⁹ *Contra*, cfr. Cagli, secondo cui, quand'anche si volesse aderire alla tesi che vede nell'epidemia un delitto a forma (e non a mezzo) vincolata, alla configurabilità del reato in forma omissiva si potrebbe comunque pervenire, senza entrare in frizione col canone di legalità, facendo leva sul fatto che "la diffusione, sul piano semantico come su quello epistemico, non implica necessariamente [...] il ricorso a modalità attive". A detta dell'autrice, infatti, "già un'opera esegetica rispettosa della lettera della legge – nei confini legittimi di una interpretazione estensiva – consentirebbe di ricondurre all'atto del diffondere anche condotte omissive, un 'lasciar diffondere'" (CAGLI, voce *Epidemia colposa*, cit., p. 480). A tale tesi, tuttavia, mi pare che si possa replicare evidenziando come, in realtà, sotto il profilo semantico, i concetti di "diffondere" e di "lasciar diffondere" non si pongano in un rapporto di genere a specie, ma di esclusione reciproca, in quanto il primo implica un attivarsi del soggetto, laddove il secondo presuppone l'esatto contrario, ossia che il soggetto rimanga inerte, lasciando (per l'appunto) che la diffusione perpetrata da altri faccia il suo corso.

²⁰ Zirulia evidenzia condivisibilmente come debbano ricondursi al paradigma omissivo "le condotte dei titolari di posizioni di garanzia di natura pubblicistica o privatistica consistite nel non avere adottato misure preventive idonee ad abbattere significativamente il rischio naturale di contagio, ossia un rischio pari all'indice di contagio che si riscontra in tutti gli ambienti di vita". Sono invece fatte rientrare nel paradigma commissivo quelle ipotesi nelle quali il comportamento del garante aumenti il rischio naturale del contagio, come nel caso del datore di lavoro che costringa due propri dipendenti a intraprendere un viaggio in macchina (ZIRULIA, [Nesso di causalità e contagio covid-19](#), in questa *Rivista*, 20 aprile 2020, p. 5). Proprio con riguardo alla natura della responsabilità dei garanti della sicurezza sui luoghi di lavoro, autorevole dottrina ha peraltro recentemente sostenuto che, nell'ambito di attività pericolose come quella industriale, la causalità sarebbe sempre commissiva, ciò in quanto "ritenere omissiva la responsabilità dell'imprenditore perché ha ommesso di adottare le cautele per ridurre entro i limiti consentiti il contatto dei lavoratori con la sostanza pericolosa, significa dimenticare la previa condotta positiva dell'imputato, che ha predisposto la struttura produttiva al cui interno è avvenuta l'esposizione della vittima all'agente tossico" (BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, p. 213). Tale ragionamento, che fa derivare la natura commissiva della responsabilità dell'imprenditore dalla circostanza che questi, predisponendo la struttura produttiva, ha dato origine alla situazione di rischio, a rigore, dovrebbe condurre a trattare come altrettante ipotesi commissive – quanto meno in relazione alla posizione del garante originario – tutti i casi da infezione da covid-19 occorsi all'interno dei luoghi di lavoro. Ragioni di spazio non consentono di valutare criticamente il fondamento di tale tesi; basti qui rilevare che, nella prospettiva dell'epidemia, quand'anche si ritenesse di attrarre nel paradigma commissivo le condotte addebitate al datore di lavoro, ragioni di legalità impedirebbero, ancora una volta, l'applicazione del delitto di cui all'art. 438 c.p., dal momento che predisporre e gestire una struttura organizzativa, al cui interno si generano occasioni di contagio e quindi di dispersione del virus, è condotta evidentemente del tutto diversa da quella di chi diffonde materialmente (e attivamente) i germi.

applicativa del 438 c.p. condotte che non possiedono le caratteristiche modali pretese dal legislatore.

In breve: *ragioni di legalità* impediscono di ritenere che una condotta omissiva possa di per sé integrare gli estremi del fatto tipico del delitto di epidemia.

Questa conclusione, tuttavia, non esclude in radice la possibilità che una condotta omissiva, che sia risultata causalmente rilevante per la verifica di un fenomeno epidemico, possa comunque essere sanzionata con le pene previste dal delitto di epidemia.

A ben vedere, infatti, a tale risultato si potrebbe legittimamente pervenire dando rilevanza all'omissione – non come condotta tipica ai sensi dell'art. 438 c.p., bensì – come condotta atipica che concorre alla realizzazione di un fatto tipico di epidemia commesso da altri.

Si tratterebbe, in altri termini, di dare rilievo alle condotte omissive facendo ricorso allo schema del concorso omissivo nel reato commissivo, secondo un'impostazione già nota e avallata dalla giurisprudenza di legittimità anche con riguardo ai delitti di evento a forma vincolata, e che ha il pregio di non incappare in quei problemi di legalità che invece affliggono la posizione di chi vorrebbe attrarre l'omissione direttamente dentro il fatto tipico dell'epidemia.

Ovviamente, perché quest'impostazione risulti concretamente praticabile – perché, cioè, si possa iniziare a parlare di un concorso omissivo in un fatto di epidemia – è anzitutto necessario che qualcuno realizzi ... un fatto tipico di epidemia. Quel che occorre, in altri termini, in via preliminare, è che taluno attui una condotta di attiva diffusione di germi patogeni che funga da innesco di un fenomeno epidemico, sul quale occorrerà poi dimostrare che l'omissione ha esercitato un'effettiva influenza causale, per esempio favorendo l'ulteriore diffusione del virus nella popolazione.

Ma, a ben vedere, in presenza di un focolaio epidemico da covid-19, questa condizione preliminare (la realizzazione di una condotta attiva di diffusione di germi patogeni) *potrà sempre considerarsi soddisfatta*, dal momento che il virus si propaga nella popolazione sempre e comunque attraverso la sua trasmissione – per via diretta o indiretta – da una persona infetta a una o più persone non infette.

Da ciò logicamente discende che quando ci troviamo al cospetto di un focolaio di casi di infezione da covid-19, che presenti caratteristiche dimensionali tali da poter essere qualificato come un vero e proprio evento epidemico, possiamo sempre *dare per scontato* che, all'origine di tale fenomeno, ci sia stata un'attiva propagazione di germi patogeni da parte di un soggetto infetto; che ci sia stata, cioè, una condotta che, dal punto di vista oggettivo, la giurisprudenza ci ha già detto essere perfettamente compatibile con le caratteristiche modali dell'azione tratteggiate dalla lettera dell'art. 438 c.p.

La circostanza poi che, nella stragrande maggioranza dei casi, sarà impossibile riuscire a stabilire chi ha concretamente diffuso i germi che hanno generato l'evento epidemico, e se questo soggetto ha agito volontariamente, colposamente o magari del tutto involontariamente, non sembra costituire un ostacolo insormontabile all'impostazione che qui si propone, soprattutto allorché si ritenga di aderire alla tesi dell'accessorietà minima proposta da autorevole manualistica, che, com'è noto, ai fini

del concorso, ritiene sufficiente la realizzazione di un fatto principale tipico, non reputando invece necessario che tale fatto sia anche rimproverabile al suo autore.

In conclusione: *l'istituto del concorso di persone nel reato è uno strumento che, quanto meno in linea teorica, consente di ipotizzare un'estensione delle sanzioni previste dal delitto di epidemia anche a chi realizzi una condotta omissiva.*

Purché, val la pena di ribadirlo, sia fornita la prova che tale condotta ha avuto un *effetto causale* sulla verifica dell'evento epidemico.

4. La prova della causalità tra evidenza epidemiologica e regole cautelari improprie.

Il delitto di epidemia richiede la prova di un nesso causale tra la condotta (attiva od omissiva che sia) e l'evento epidemico, che, come detto, consiste nella verifica di un elevato numero di casi di infezione, cui deve accompagnarsi il pericolo di un'ulteriore diffusione della malattia.

Qui il problema fondamentale è costituito dalla *natura ubiquitaria* del covid-19, che rende estremamente complicato poter escludere l'esistenza di decorsi causali alternativi. Per qualsiasi caso di infezione dal virus, sarà infatti in linea di massima sempre possibile ipotizzare che il contagio è avvenuto in un'occasione diversa da quella ipotizzata dalla pubblica accusa e contestata all'imputato di turno.

Questo tema è ampiamente trattato da Stefano Zirulia nella sua relazione²¹.

Mi limito, allora, sul punto a rilevare come, nel caso di contestazioni di tipo omissivo elevate a carico, per esempio, di datori di lavoro o dei garanti della sicurezza di altre comunità circoscritte, nelle quali si siano verificati dei focolai epidemici, la prova della causalità potrebbe in linea teorica essere resa più agevole dal ricorso all'*evidenza epidemiologica*, che potrebbe in particolare rivelarsi utile per evidenziare che, in quella data azienda o in quella data comunità, si è registrato un "eccesso di casi di infezione", vale a dire un numero di infezioni più elevato rispetto a quello riscontratosi in altre strutture analoghe: una circostanza che potrebbe essere valorizzata, in chiave accusatoria, per concludere che le persone infettate hanno contratto il virus proprio all'interno dell'azienda o della comunità gestita dall'imputato²².

Non mi addentro – anche perché evidentemente sconfinerei ben oltre il perimetro del compito che mi è stato assegnato – sui problemi, che è facile peraltro ipotizzare sarebbero molti e complicati, che si porrebbero, dal punto di vista metodologico, allorché

²¹ ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio covid-19*, cit.

²² Seppur con talune (anche significative) distinzioni sul fronte della qualificazione penalistica da attribuire ai "casi in eccesso" registrati dall'epidemiologia, il ricorso a tale evidenza per la dimostrazione di correlazioni schiettamente causali tra l'esposizione a un certo fattore di rischio e le patologie osservate a livello di popolazione trova sempre maggiori consensi in dottrina: sul punto, cfr. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità ed imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p. 513 ss.; VIGANÒ, [Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2013, n. 3, p. 398; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, p. 284 ss.

si dovesse effettivamente tentare di battere la strada della prova epidemiologica della causalità, problemi che investirebbero sia la fase di ricerca e di raccolta di dati affidabili, sia quella della successiva identificazione di popolazioni sufficientemente omogenee da mettere a confronto per valutare l'esistenza di eventuali eccessi di rischio (o di casi).²³

Sotto il profilo giuridico, mi limito semmai a evidenziare che, quand'anche si riuscisse a dimostrare che un certo numero di casi di infezione ha avuto effettivamente origine in una certa struttura, resterebbe in ogni caso da provare che le misure anti-contagio concretamente omesse dal responsabile di quella struttura, se adottate, avrebbero impedito con ragionevole certezza il verificarsi di quelle infezioni.

Al di fuori delle ipotesi di completa assenza di misure cautelative, tale prova risulterà, nella maggior parte dei casi, estremamente difficile da fornire, anche alla luce del fatto che, come evidenzia opportunamente Mongillo, "le regole anti-contagio, cristallizzate in testi di fonte legale o protocollare, pressoché mai possono ritenersi regole impeditive. Esse non puntano ad azzerare il rischio in disamina: un po' perché è praticamente impossibile la totale neutralizzazione di un rischio impercettibile e come si è detto ubiquitario; un po' perché l'impatto sull'operatività aziendale di regole particolarmente invasive risulterebbe di norma eccessivo e in molti casi fatalmente paralizzante. Per farla breve, l'unico modo per annullare del tutto il rischio d'infezione in un luogo di lavoro è lasciare le saracinesche abbassate"²⁴.

5. Il rapporto con le fattispecie di omicidio.

Se il numero di casi provocati dalla condotta dell'imputato dovesse risultare troppo esiguo per potersi parlare di un vero e proprio evento epidemico (da questo punto di vista, naturalmente la giurisprudenza non si è mai sbilanciata fino a indicare con precisione quanti casi servono per fare un'epidemia, limitandosi a escluderla allorché l'evento aveva interessato gruppi ristretti e chiusi di individui), ci sarebbe comunque spazio per contestare i più tradizionali delitti contro la persona.

Stessa cosa, nel caso in cui la Cassazione dovesse attestarsi sulla posizione che nega la configurabilità dell'epidemia omissiva: anche qui, la condotta omissiva potrebbe comunque, in linea ipotetica, benissimo integrare gli estremi dei delitti di lesione ovvero di omicidio colposo.

In entrambi i casi, tuttavia, si ripropone il problema della prova della causalità, che in relazione ai delitti contro la persona è reso ancor più complesso dalla notoria incapacità dell'epidemiologia di dare un nome e un cognome alle vittime dei fattori di rischio: un limite che, secondo la giurisprudenza unanime, impedirebbe il suo impiego

²³ Per un approfondimento di tali problematiche, e dei loro riflessi nell'ottica dell'uso della prova epidemiologica nell'accertamento di nessi causali, cfr. BELL, [Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario. Una riflessione sul ruolo dell'evidenza epidemiologica, tra causazione e probabilità](#), in questa Rivista, fasc. 10/2021, p. 35 ss.

²⁴ MONGILLO, [Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, n. 2, p. 45.

come (unica) base empirica per l'imputazione di singoli danni individuali alla specifica esposizione oggetto di contestazione²⁵.

²⁵ Per una critica a quest'impostazione giurisprudenziale, e, più ampiamente, sulla possibilità di impiegare l'epidemiologia anche ai fini della prova della causalità nei delitti contro la persona e v. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 413 ss.; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., p. 284 ss.