

Emanuele Perrotta

**VERSO UNA NUOVA
DIMENSIONE DEL DELITTO DI
EPIDEMIA (ART. 438 C.P.) ALLA
LUCE DELLA GLOBALIZZAZIONE
DELLE MALATTIE INFETTIVE: LA
RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE
DA CONTAGIO NEL SISTEMA DI
*COMMON BUT DIFFERENTIATED
RESPONSIBILITY***

Estratto

EMANUELE PERROTTA

Cultore della materia in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Cagliari

**VERSO UNA NUOVA DIMENSIONE DEL
DELITTO DI EPIDEMIA (ART. 438 C.P.)
ALLA LUCE DELLA GLOBALIZZAZIONE
DELLE MALATTIE INFETTIVE:
LA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE
DA CONTAGIO NEL SISTEMA DI *COMMON
BUT DIFFERENTIATED RESPONSIBILITY***

179

Abstract

Le epidemie di rilevanza globale sono state storicamente accompagnate dal fenomeno, denunciato sul piano internazionale, dei c.d. vuoti di responsabilità (*responsibility gaps*), derivanti dal mancato raggiungimento delle soglie minime di punibilità previste negli ordinamenti interni, spesso inadeguati a tal fine. A differenza del passato, quando le emergenze epidemiche interessavano altre aree del mondo, l'ordinamento italiano è attualmente chiamato, in ragione della crisi sanitaria da *covid-19*, a un'efficace individuazione delle responsabilità da contagio, attivando la disciplina interna di contrasto (in particolare gli artt. 438 e 452 c.p.), quasi mai operante a causa della rarità del fenomeno epidemico e, pertanto, connotata da incerti margini applicativi. Come si tenterà di osservare, la diffusione della *covid-19* in Italia ha evidenziato un certo distacco tra le disposizioni codicistiche — come interpretate fino ad oggi — e l'odierna epidemiologia, richiedendo un nuovo approccio ad alcuni elementi delle fattispecie: in particolare, il ripristino del novero dei soggetti attivi, la modulazione degli stadi colposi anche in ambito medico-sanitario e la compatibilità del reato con le condotte omissive (riconosciuta dai più recenti orientamenti giurispru-

denziali) appaiono oggi passaggi obbligati per la riconduzione della « realtà normativa » alla « realtà fattuale ». Infine, l'indagine mira ad inserire la « nuova » responsabilità individuale da contagio, così delineata, nell'ambito della c.d. *web of causation* dell'epidemia e, di converso, nel sistema di *common but differentiated responsibility* (CBDR) di derivazione internazionale, che oggi appare lo strumento più efficace di allocazione delle responsabilità penali occorse nell'ambito delle emergenze sanitarie.

Towards a New Dimension of the Crime of Epidemics (Section 438 of the Italian Criminal Code) in Light of the Globalization of Infectious Diseases: Individual Responsibility for Contagion within the Common but Differentiated Responsibility System

Abstract

180

Global epidemics have been always coupled with the phenomenon, reported on an international level, of the so-called responsibility gaps deriving from failure to achieve the minimum punishability thresholds as provided by the domestic legal systems, which are often inadequate for this purpose. While in the past epidemics-related emergencies affected other parts of the world, now the Italian legal system, because of the health-care crisis caused by covid-19, is called upon identifying any contagion responsibilities by implementing its own law enforcement measures (especially Sections 438 and 452 of the Criminal Code), which have been seldom applied due to the fact that epidemic outbreaks have occurred only rarely and, therefore, are characterized by an uncertain scope of application. As we will try to argue, the spread of covid-19 in Italy has highlighted a certain gap between the provisions of the Criminal Code — as interpreted to date — and today's epidemiology, which requires a new approach to some elements related to the case in point, notably the reinstatement of the category of offenders, a differentiation of negligent liability levels also within the healthcare domain and the compatibility of the crime with any omissive conduct (as recognized by the latest case-law) now appear to be necessary steps in order to bring «regulatory reality» back to «factual reality». Finally, this essay aims to include the «new» individual contagion responsibility, thus outlined, within the context of the so-called web of causation of the epidemics and, conversely, into the common but differentiated responsibility system (CBDR) of international origin, which currently seems to be the most efficient way to attribute any criminal liability in a healthcare crisis.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'incidenza della globalizzazione sulle malattie infettive: la normativa interna di contrasto alle epidemie (artt. 438 e 452 c.p.) e i c.d. *responsibility gaps*. — 2. Il ripristino del soggetto attivo nell'art. 438 c.p. alla luce della nuova teoria c.d. *unitaria* e la punibilità del contagiato diffusore di germi patogeni: vittima o responsabile dell'epidemia? — 3. La plurioffensività dell'epidemia alla luce della globalizzazione delle malattie infettive. — 4. I « confini » del dolo e della colpa nel delitto di epidemia. — 4.1. Il dolo nell'epidemia. — 4.2. La necessaria gradazione del rimprovero colposo nell'art. 452 c.p.: colpa medico-professionale, generica, cosciente e specifica. — 4.2.1. *Segue*. L'approccio precauzionale (*precautionary approach*) in ambito medico-sanitario come parametro valutativo essenziale della responsabilità professionale da contagio: il contenimento epidemico tra medicina difensiva e sequenzialità della colpa. — 4.2.2. *Segue*. La colpa comune del contagiato che diffonda l'agente patogeno inosservando regole cautelari ordinarie. — 4.2.3. *Segue*. I rapporti tra l'epidemia colposa e la nuova « inosservanza della quarantena » ex artt. 1 co. 2 lett. e) e 4 co. 6-7 d.l. n. 19 del 2020: *Appellfunktion*, accettazione dell'evento e conoscenza dello *status* di contagiato come parametri discretivi del dolo eventuale e della colpa cosciente nei casi-limite. — 5. L'elemento materiale nell'epidemia. — 5.1. I contrasti interpretativi sulla condotta di « diffusione di germi patogeni » e sulla realizzabilità mediante omissione, tra vincolatività e « nuova » libertà delle forme: quattro spunti di riflessione e auspicabilità di una rimessione del tema alle Sezioni Unite. — 5.2. L'evento di epidemia tra concezione naturalistica e normativa: diffusione, diffusibilità ed incontrollabilità del contagio. — 5.2.1. *Segue*. L'evento atipico per difetto dell'elemento quantitativo e diffusivo: la non punibilità ex art. 438 c.p. del *cluster* epidemico e l'intervento dei delitti di lesione e omicidio plurimi (anche in ambito sanitario). — 5.2.2. *Segue*. « Le pandemie non rispettano confini »: l'evento epidemico di rilevanza globale. La responsabilità degli stati e delle agenzie specializzate (OMS), nella gestione del rischio sanitario e nella tutela dell'ordine internazionale, alla luce dell'emergenza da *covid-19*. — 5.3. Multifattorialità, *web of causation* e prevalenza della realtà sulla regola nell'accertamento del nesso eziologico: l'epidemia « doveva » verificarsi a prescindere dal singolo contributo causale? — 6. Conclusioni. Prospettive di riconduzione della « realtà normativa » alla « realtà fattuale » dell'epidemia ex artt. 438 e 452 c.p. alla luce della crisi sanitaria globale da *covid-19*: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di *common but differentiated responsibility* (CBDR).

181

1. *Introduzione. L'incidenza della globalizzazione sulle malattie infettive: la normativa interna di contrasto alle epidemie (artt. 438 e 452 c.p.) e i c.d. responsibility gaps.* — Le implicazioni penali inerenti alle epidemie, unite all'esigenza di un pieno recupero della normativa interna di contrasto, si sono imposte all'attenzione dottrinale e giurisprudenziale a seguito della crisi globale determinata dal c.d. *nuovo coronavirus* (SARS-CoV-2), responsabile della malattia respiratoria denominata *covid-19*¹.

¹ La definizione è stata sviluppata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e recepita dal Ministero della salute italiano. Per i recenti studi internazionali che si sono occupati della genesi e dello sviluppo della patologia, con particolare attenzione alle problematiche future derivanti dalla crisi globale ad essa collegata, si v. L. CHIH-CHENG, S. TZU-PING, K. WEN-CHIEN, T. HUNG-JEN e H. PO-REN, *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus2 (SARS-Cov-2) and Coronavirus Disease-2019 (Covid-19): The Epidemic and the Challenges*, in *International Journal of Antimicrobial Agents*, 2020.

L'attualità tematica dell'epidemia da *covid-19* è stata drammaticamente accentuata, dopo lo sviluppo dei principali focolai a Wuhan (Cina), dall'improvvisa proliferazione della patologia in Italia, dalla quale è derivato, all'ultimo aggiornamento disponibile, il contagio di 178.972 persone, aggravato dalla morte di 23.660 di esse ².

L'incontrollabilità e la rapidità diffusiva del male, la sua estensione territoriale ed il numero pressoché indeterminato di soggetti lesi o messi in pericolo costituiscono un'emergenza inedita per l'ordinamento italiano, soprattutto per ciò che concerne l'individuazione e la sanzione delle responsabilità da contagio e la tutela di alcuni dei più importanti valori costituzionali: come si dirà, le epidemie di rilevanza globale sono state spesso accompagnate dal fenomeno, di recente denunciato dalla comunità internazionale, dei c.d. vuoti di responsabilità (*responsibility gaps*), derivanti dalla mancata attivazione delle soglie minime di punibilità previste negli ordinamenti interni, spesso inadeguati a tal fine.

In ragione di questa esigenza, il decorso epidemico della *covid-19* in Italia pone una duplice sfida per l'interprete: da un lato, il recupero, l'applicazione e lo sviluppo interpretativo della normativa interna di riferimento — in particolare gli artt. 438 e 452 c.p. in tema di « epidemia » — di fatto quasi mai attivata a causa della particolare rarità del fenomeno epidemico in Italia e, pertanto, connotata da margini applicativi incerti; dall'altro lato, la rilevanza non solo interna, ma anche internazionale, della vicenda in esame, posta la qualificazione di *crimen juris gentium* accordata dalla dottrina più autorevole ai casi di « diffusione di gravi epidemie » ³. In questo senso, occorre verificare che la

² I dati sono oggetto di continuo aggiornamento da parte del Ministero della salute e sono disponibili all'indirizzo www.salute.gov.it. Ultimo accesso: 19 aprile 2020.

³ G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 276. Come si è osservato in dottrina, infatti, ben può accadere che un illecito integri un crimine ai sensi del diritto penale interno e, contemporaneamente, un crimine internazionale. Questa convergenza sanzionatoria deriva, in sostanza, da una c.d. *doppia qualificazione*, che genera numerosi problemi che hanno interessato la letteratura. In tal senso, si v. A. BUONO, *Diritto penale internazionale e diritto penale interno: un rapporto intessuto di condizionamenti reciproci*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Globalizzazione e pluralità delle fonti giuridiche: un duplice approccio*, Napoli, 2012, p. 422, nota 64. I *crimina juris gentium* sono definiti azioni individuali a rilevanza penale che ledono beni e interessi particolarmente tutelati dal diritto internazionale, cfr. S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005, p. 17. Il diritto internazionale penale è la partizione di « diritto degli illeciti internazionali » in accordo a E. ROSI, *Il reato transnazionale*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007, p. 69, nota 6. Ciò che appare incontrovertibile è che il diritto internazionale penale rappresenti la piena combinazione tra gli aspetti internazionali

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

normativa interna di contrasto sia idonea a fronteggiare le più attuali sfide sanitarie globali ⁴, che riguardano in particolare il controllo delle malattie infettive capaci di mettere in pericolo la salute pubblica mondiale ⁵.

La complessità di tali emergenze sanitarie ha infatti indotto la comunità internazionale a configurare, in capo agli stati interessati dalla proliferazione di malattie infettive, una responsabilità di protezione (*responsibility to protect*) nei confronti dei cittadini minacciati, nonché un vero e proprio obbligo di comunicazione dei dati sulle cause e sulle dimensioni del fenomeno epidemico ⁶.

In questo contesto, l'ordinamento italiano è chiamato per la prima volta a fronteggiare la verifica sul territorio italiano di una vicenda epidemica caratterizzata da un elevato tasso di mortalità ed occorsa, a

del diritto penale nazionale e gli aspetti penali del diritto internazionale, cfr. M. C. BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale: un quadro teorico*, Milano, 1999, p. 9 e ss. Per le speculazioni della dottrina penalistica in tema di rapporti tra diritto penale interno ed internazionale, e di delimitazione dei *crimina juris gentium*, si v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 930 ss. L'Autore osserva che « sono considerati *crimini internazionali* i fatti, attivi od omissivi, che attentano ai valori comuni della generalità degli Stati, cioè a *beni della comunità protetti dal diritto internazionale e rispetto ai quali si è formata la convinzione che debbano essere penalmente sanzionati* ». Il corsivo è aggiunto. In G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2012, p. 145, è ricostruito il dibattito della dottrina sul tema: la fonte del diritto penale internazionale è in questa sede individuata « nel diritto internazionale [...] dotato di efficacia vincolante sugli individui, *senza necessità di mediazione del diritto interno* ». Tuttavia, gli Autori evidenziano come « l'esistenza stessa del diritto penale internazionale [...] [sia] stata a lungo controversa: si tratta, infatti, di una complessa interazione tra due sistemi, il diritto internazionale e il diritto penale interno, fondati su principi diversi, quando non addirittura antitetici ».

⁴ La verifica è, *mutatis mutandis*, comune a quella operata sui rapporti tra l'ordinamento interno e gli altri *crimina juris gentium*: per i risvolti inerenti ai crimini contro la navigazione, ad esempio, si consenta il rinvio a E. PERROTTA, *Sicurezza della navigazione, diritto internazionale e legislazione penale comparata: gli strumenti di contrasto alla pirateria marittima in Europa, Africa ed Asia*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 52, 2016, p. 149 ss.

⁵ S. NEGRI, *Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute-diritti umani e la strategia globale di lotta alle pandemie ed al bioterrorismo*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 571. Per le ulteriori speculazioni della dottrina internazionalistica in tema di rapporti tra diritto globale, salute pubblica e malattie infettive, si v. D. P. FIDLER, *Public Health and International Law: Bioterrorism, Public Health, and International Law*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, 2002, p. 7 ss.; ID., *The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1998, p. 1079; ID., *The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations*, 1997, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, p. 11.

⁶ Per la *responsibility to protect (R2P)*, si v. ID., *Health, Human Security and the Responsibility to Protect*, in *Human Security Bulletin*, 2006. Per gli obblighi degli stati di comunicare in modo trasparente i dati sullo scoppio di epidemie, si v. O. BOZHENKO, *More on Public International Law and Infectious Diseases: Foundations of the Obligation to Report Epidemic Outbreaks*, in *EJIL: Talk!*, 2019.

differenza di alcune pandemie del passato, nell'ambito di un contesto globalizzato che ne rende difficoltoso il contenimento: ciò ha comportato un aumento esponenziale dei contagi, in ragione dei sempre più frequenti e massicci spostamenti della popolazione, della diffusione del commercio internazionale e dei nuovi metodi di distribuzione dei prodotti alimentari, dei mutamenti sociali e ambientali legati all'urbanizzazione, accentuando la c.d. « globalizzazione delle malattie infettive », ossia la possibilità che l'epidemia virale sviluppatasi in un dato paese possa costituire, in realtà, un pericolo per il mondo intero ⁷.

In considerazione della novità del tema (che conosce, infatti, esigui contributi interpretativi da parte della giurisprudenza italiana), e al fine di delimitare il campo d'indagine di questo lavoro, i due obiettivi preliminari consistono: nell'individuare i profili operativi dei delitti di epidemia dolosa (art. 438 c.p.) e colposa (art. 452 c.p.); nel verificare se, e in che misura, la disciplina interna di contrasto sia adeguata all'odierna epidemiologia e dunque realizzi una piena adesione della « realtà normativa » alla « realtà fattuale », come imposto dalla drammatica diffusione sul territorio italiano della *covid-19*.

184

Come si tenterà di osservare, infatti, il reato di epidemia è stato a lungo oggetto di implicite limitazioni interpretative — soprattutto inerenti al novero dei soggetti attivi e all'elemento materiale — giustificate dal dato storico della disposizione, ma non più aderenti alle attuali modalità fenomeniche ed agli obblighi assunti dallo Stato italiano in sede di cooperazione internazionale per la tutela della salute mondiale ⁸.

Inoltre, l'incidenza della globalizzazione sul fenomeno epidemico ha determinato l'interessamento di beni giuridici tutelati che non si risolvono nelle sole incolumità e salute pubbliche (come indicate dalla collocazione sistematica delle norme incriminatrici nell'ambito del codice penale italiano), investendo anche la vita e l'incolumità individuale ⁹, l'economia pubblica ¹⁰ e la sicurezza internazionale: ciò spieghere-

⁷ Cfr. Organizzazione Mondiale della Sanità, *Global Health Security: Epidemic Alert and Response*, doc. A54/9, 2001, par. 2 ss. Per una disamina approfondita della tutela della salute pubblica nell'era della globalizzazione, si v. S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 29 ss.

⁸ Per le criticità nell'assolvimento degli obblighi internazionali di garanzia del diritto alla salute da parte degli stati, in ragione delle difformi capacità adempitive, si v. J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford, 2011, in particolare p. 331.

⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 35 ss. L'Autore osserva che, in ragione della plurioffensività del delitto di epidemia, tutte le persone offese dal

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

rebbe la nuova dimensione del delitto di epidemia, di matrice pluri-offensiva e lesiva del c.d. « ordine internazionale » che persegue, invece, la prevenzione ed il contenimento delle malattie infettive ¹¹, oltre che il contemperamento del diritto alla salute della popolazione con gli altri diritti fondamentali individuali, inevitabilmente compressi dalla diffusione delle pandemie ¹².

Per questa ragione, il terzo obiettivo dell'indagine consiste nel delineare i tratti della responsabilità individuale da contagio, come emersa dall'analisi degli elementi strutturali del reato, per collocarla nella pluralità di fattori da cui deriva l'epidemia (c.d. *web of causation*): come si osserverà (v. *infra*, par. 6), la responsabilità individuale da contagio si posiziona alla base della scala di *common but differentiated responsibility* (CBDR), sviluppata dalla più recente dottrina internazionalistica in materia epidemica, ed inclusiva delle varie forme di responsabilità degli attori, statali e non, chiamati alla gestione del rischio sanitario.

reato sarebbero abilitate a costituirsi parte civile nel giudizio. Si v. inoltre A. LAI, voce *Incolunità pubblica (reati contro la)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989.

¹⁰ Le ripercussioni delle epidemie sull'economia pubblica dei paesi interessati dal contagio sono da tempo oggetto di studio da parte della Banca mondiale. Considerando che l'impatto sull'economia nazionale del *nuovo coronavirus* costituirà un danno quantificabile solo nel tempo, si possono trarre notevoli spunti dalle osservazioni rassegnate dalla Banca mondiale nel caso *ebola*, per le quali si v. World Bank, *The Economic Impact of the 2014 Ebola Epidemic: Short and Medium Term Estimates for West Africa*, 2014, disponibile all'indirizzo www.documents.worldbank.org.

¹¹ Le scienze mediche segnalano da tempo la necessità di inquadrare l'attività di contenimento delle epidemie tra le principali missioni della comunità internazionale, alla luce delle recenti trasformazioni del commercio, dei trasporti e dei flussi migratori. Si v., *inter alia*, A. M. STERN e H. MARKEL, *International Efforts to Control Infectious Diseases: 1851 to Present*, in *Journal of American Medical Association*, vol. 292, 2004, p. 1474 ss. Per la dottrina internazionalistica, D.P. FIDLER, *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, 1999.

¹² Per lo sviluppo del tema del c.d. « paradigma salute-diritti umani », si v. S. NEGRI, *Emergenze sanitarie e diritto internazionale*, cit., p. 593. Per la ricostruzione dell'iter, normativo, dottrinale e giurisprudenziale, di sviluppo del c.d. « ordine internazionale » come complesso di diritti fondamentali, collettivi ed individuali, si rinvia a G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, cit., p. 34.; si v. inoltre H. GROS ESPIELL, *The Common Heritage of Mankind and the Human Genome*, in K. WELLENS (a cura di), *International Law. Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, 1998. Le nuove forme di interazione tra il sistema internazionale di tutela della salute ed il sistema dei diritti umani sono, *mutatis mutandis*, assimilabili alle interazioni che le garanzie sui diritti umani intessono con altre partizioni ordinamentali: ad esempio, per i dati emergenti sul piano internazionale dal rapporto tra diritti umani e diritto del mare, si v. T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *28 Berkeley Journal of International Law*, vol. 1, 2010, pp. 1 ss.; in aggiunta, si consenta il rinvio a E. PERROTTA, *Il caso Enrica Lexie e la tutela cautelare dei diritti individuali nelle pronunce del Tribunale internazionale per il diritto del mare e dell'Annex VII Arbitral Tribunal: tra inherent powers e human rights approach*, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016, p. 296 e ss.

Queste osservazioni si spiegano in ragione della rilevanza globale negli anni riconosciuta alle più gravi e diffuse patologie infettive (inclusa l'odierna *covid-19*): tra gli ultimi riferimenti, si pensi che il Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), chiamato nel 2014 a fornire una risposta coordinata all'emergenza del c.d. *virus ebola* (EBOV), ha definito per la prima volta un'epidemia virale come « una minaccia *alla pace ed alla sicurezza internazionale* »¹³.

In data 11 marzo 2020, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha qualificato la *covid-19* come pandemia, mentre solo il 2 aprile 2020 l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato la Risoluzione n. 74/270 (*Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019*), confermando il proprio impegno all'intensificazione della cooperazione internazionale degli stati membri per contenere, mitigare e sconfiggere la pandemia da *nuovo coronavirus*, anche attraverso lo scambio di informazioni, conoscenze scientifiche e *best practices*, applicando le linee guida raccomandate dall'OMS ed assicurando il pieno rispetto dei diritti umani nell'adozione di misure di contenimento dell'emergenza sanitaria.

Ad ulteriore conferma della « nuova » portata offensiva della fattispecie epidemica, le misure adottate dal Governo italiano per il contrasto alla diffusione della *covid-19* (c.d. « social distancing measures », chiusura delle scuole, delle università e di altre strutture pubbliche, cancellazione di eventi e manifestazioni, divieto di assembramenti, riduzione degli incontri tra detenuti e famiglie, isolamenti e quarantene, divieti di movimento ecc.) sono del tutto simili a quelle adottate in passato per il contrasto della diffusione di disastrose epidemie, quali l'*ebola* e l'HIV, con la conseguente attivazione della disciplina internazionale, e di tutela dei diritti umani, in materia di imposizione di misure restrittive (c.d. *International Health Regulations* adottate in seno all'OMS)¹⁴.

¹³ Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, Risoluzione n. 2177 del 2014. Il corsivo è aggiunto. Si noti peraltro che, al momento della adozione della Risoluzione, i dati sul contagio globale da *ebola* non erano dissimili da quelli ad oggi disponibili in relazione alla *covid-19*, sicché il parallelismo appare suffragato anche dal dato epidemiologico. Per un'attenta disamina della Risoluzione, si v. L. POLI, *La risoluzione n. 2177 (2014) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la qualificazione dell'epidemia di ebola come minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, n. 1, 2015, p. 238.

¹⁴ In particolare, le misure di contenimento dell'epidemia disposte con il recente d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 hanno avuto un'incidenza considerevole sulle libertà di circolazione, soggiorno ed espatrio (art. 16 Cost.), di riunione (art. 17 Cost.); di esercizio dei culti religiosi (art. 19 Cost.); di insegnamento (art. 33 Cost.); di garanzia e obbligo di istruzione (art. 34

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

In ragione delle particolari caratteristiche del fenomeno epidemico, l'indagine è impostata seguendo un approccio di tipo integrato, interno ed internazionale al contempo ¹⁵: in primo luogo, ci si soffermerà sul dibattito inerente al soggetto attivo nell'epidemia e, in particolare, alla configurabilità — di recente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità — della responsabilità individuale anche per i contagiati diffusori di germi patogeni (par. 2).

In seguito, l'analisi investirà gli elementi psicologico e materiale del delitto di epidemia: nel primo ambito (par. 4 e ss.), si osserveranno i

Cost.). In via indiretta, le misure di contenimento interessano senza dubbio la libertà di iniziativa economica (art. 41 co. 1 Cost.), salva la presenza di limiti specifici motivati dalla necessità di tutela della sicurezza umana (art. 41 co. 2 Cost.). Secondo la più recente letteratura, che si è occupata della vicenda inerente alla diffusione sul territorio italiano della *covid-19*, il bilanciamento dei beni di rilievo costituzionale ha come parametro l'art. 32 Cost., che inquadra la tutela della salute come « fondamentale diritto dell'individuo », ma anche come « interesse della collettività ». Quest'ultimo punto giustificerebbe le esigenze di contenimento di malattie diffuse, cfr. G. BATTARINO, *Decreto-legge "covid-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1 marzo 2020. Per i più recenti spunti critici sviluppati invece dalla dottrina internazionalistica, cfr. S. NEGRI, R. HABIBI, G. L. BURCI, T. C. DE CAMPOS, D. CHIRWA, M. CINÀ, S. DAGRON, M. ECCLESTON-TURNER, L. FORMAN, L. O. GOSTIN, B. MASON MEIER, G. OOMS, S. SEKALALA, A. TAYLOR, A. ELY YAMIN e S. J. HOFFMAN, *Do Not Violate the International Health Regulations During the Covid-19 Outbreak*, in *The Lancet*, 13 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.thelancet.com; G. L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for Purpose?*, in *EJIL: Talk!*, 27 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.ejiltalk.org. Per l'attualità e la gravità dell'emergenza non solo dal punto di vista sanitario, ma anche per ciò che attiene all'ordine pubblico e agli altri interessi di amministrazione dello Stato (nel caso di specie, all'ordinamento penitenziario), basti pensare che, in data 8 marzo 2020, la diffusione dell'epidemia da *coronavirus*, unita alla nuova adozione di misure governative di contenimento del *virus* e di distanziamento sociale (*ivi* incluse limitazioni agli incontri tra detenuti e famiglie), ha generato drammatiche rivolte nelle carceri di Palermo e Poggioreale (Napoli), una sommossa culminata nel decesso di un detenuto nell'istituto penitenziario di Modena e, il giorno successivo, nell'evasione di circa cinquanta detenuti dal circondario di Foggia. Le vicende, talmente recenti da essere ancora al vaglio dell'A.G., sono state analizzate, al momento in cui si scrive, dai soli organi di stampa, come reperibile agli indirizzi www.adnkronos.com; www.rainews.com; www.repubblica.it. L'attualità epidemica ha, pertanto, imposto nuove riflessioni anche sul trattamento carcerario: per il contributo dottrinale all'argomento si v. E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2018, p. 393; ID., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 2017, p. 1500; G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.sistemapenale.it.

¹⁵ Per approfondimenti, si rinvia a G. ZICCARDI CAPALDO, *The Law of the Global Community: an Integrated System to Enforce "Public" International Law*, in *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 1, 2001, p. 71 ss., in cui l'Autrice individua « the development of an "integrated system" of law enforcement, co-managed by states and international institutions to protect new compelling, collective interests of the global community »; v. anche ID., *The Pillars of Global Law*, Aldershot, 2008, p. 45 ss.

marginari operativi dei coefficienti dolosi e colposi nelle condotte di contagio; nella seconda parte (par. 5 e ss.), l'attività riguarderà invece l'inquadramento della condotta tipica, particolarmente complesso alla luce del rilevato contrasto interpretativo in seno alle sezioni singole della Corte di cassazione sulla natura — a forma libera o vincolata — dell'art. 438 c.p. In sede di definizione dell'evento tipico (con conseguente esclusione dei focolai o *cluster* epidemici, par. 5.2.1), saranno oggetto di studio i rilievi internazionalistici delle epidemie di portata globale (c.d. *pandemie*, par. 5.2.2).

Infine, si affronterà una delle questioni più problematiche della responsabilità individuale da contagio, costituita dalla multifattorialità (c.d. *web of causation*) delle epidemie e dalla loro autonoma verificabilità a prescindere dalla singola contribuzione causale (par. 5.3). I dati raccolti saranno utilizzati per valutare l'aderenza della « realtà normativa », prospettata dagli artt. 438 e 452 c.p., alla drammatica « realtà fattuale » emersa alla luce della crisi sanitaria globale da *covid-19*: in sede conclusiva, si proporrà pertanto l'inserimento della responsabilità individuale da contagio nel sistema di *common but differentiated responsibility* (CBDR) di derivazione internazionale, al fine di evitare il fenomeno, già verificatosi in alcune emergenze sanitarie del passato, dei c.d. vuoti di responsabilità (*responsibility gaps*, par. 6).

188

2. *Il ripristino del soggetto attivo nell'art. 438 c.p. alla luce della nuova teoria c.d. unitaria e la punibilità del contagiato diffusore di germi patogeni: vittima o responsabile dell'epidemia?* — L'art. 438 c.p. (« epidemia ») stabilisce: « chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo ».

La norma è stata introdotta nell'ordinamento con il codice penale del 1930, non essendo inclusa nella normativa previgente ¹⁶.

La necessità di prevedere una norma specifica in tema di epidemia fu

¹⁶ Per una disamina approfondita della disposizione in commento, cfr. A. GARGANI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Reati contro l'incolumità pubblica, Tomo II Reati di comune pericolo mediante frode*, vol. IX, p. 203 ss. Per le ulteriori speculazioni della dottrina, si v. S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. IV, Torino, 1990, p. 250; E. BATTAGLINI e B. BRUNO, voce *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 542; C. ERRA, voce *Epidemia (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, 1966, p. 46; D. PULITANÒ, *Diritto penale: parte speciale. Volume I. Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 151; G. SAMMARCO, voce *Incolumità pubblica (reati contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 33.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

avvertita dal legislatore, come espresso nei lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, in considerazione della « enorme importanza che ormai ha acquistata la possibilità di *venire in possesso di germi*, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli »¹⁷.

Giova anticipare che questa specificazione (in particolare l'espressione « venire in possesso di germi ») è stata in seguito enfatizzata dalla tesi per la quale il soggetto attivo del delitto di epidemia debba essere individuato nel solo possessore di germi (teoria della c.d. *alterità* tra soggetto attivo e germe patogeno) che ne adoperi, in seguito, la diffusione. Il ricorso a quest'impostazione ha comportato la conseguente esclusione della responsabilità individuale da contagio in tutti quei casi in cui l'agente fosse — egli stesso — il « vettore » consapevole della malattia infettiva (responsabilità invece ammessa dall'opposta teoria della c.d. *unitarietà* tra soggetto attivo e germe patogeno).

Ancorché valorizzata negli anni da una certa giurisprudenza di merito¹⁸, oltre che dalla dottrina maggioritaria¹⁹, la tesi della necessaria alterità tra agente e germe patogeno (o della c.d. *signoria* del primo sul secondo) sembra esulare dal dato letterale, ricorrendo a « presupporre » ciò che, in realtà, non è indicato dalla norma incriminatrice. Tale interpretazione opera un'implicita restrizione del soggetto attivo del reato — non più « chiunque », bensì chiunque venga in possesso di germi e non ne sia l'immediato vettore — che si spiegherebbe con la *ratio* storica dell'art. 438 c.p., rinvenuta nello « sviluppo della scienza » e nella « possibilità delle culture batteriche e virali »²⁰.

Si tratta di un'impostazione che, nella prassi, finisce per circoscrivere la realizzabilità del delitto di epidemia nelle mani proprie di chi, concor-

¹⁷ A. Rocco, *Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco sui libri II e III del Progetto*, Roma, 1929, p. 229, par. 477. Il corsivo è aggiunto.

¹⁸ In particolare, Tribunale di Bolzano, sentenza del 13 marzo 1979, disponibile in *Giurisprudenza di merito*, fascicoli 4-5, 1979, p. 945.

¹⁹ Per la ricostruzione del dibattito, e della tesi in esame, si rinvia a A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 206. L'Autore riporta: « lo spunto dottrinale secondo il quale il requisito "strumentale" o modale di cui all'art. 438 c.p. *presupporrebbe* che l'agente abbia il possesso o comunque la disponibilità dei germi patogeni, ha trovato riscontro, sul piano giurisprudenziale, nell'affermazione secondo cui l'art. 438 c.p. deve essere restrittivamente interpretato — alla luce del collegamento storico con i reati di pericolo comune e degli elevati livelli sanzionatori — nel senso della necessità che il soggetto diffusore abbia il possesso dei germi patogeni, [...] mentre deve escludersi che una persona affetta da malattia abbia il possesso dei germi che l'affliggono ». Il corsivo è aggiunto.

²⁰ Le espressioni sono estratte dal commento a Tribunale di Bolzano, sentenza del 13 marzo 1979, cit., p. 948.

rendo professionalmente allo « sviluppo della scienza » (*i.e.* medici, ricercatori ed operatori sanitari ai più alti livelli), « venga in possesso di germi » non essendone il vettore (ad esempio, detenendoli *in vitro* o *in vivo*) e, con una condotta esclusivamente commissiva, deliberatamente ne operi la diffusione al fine di cagionare un'epidemia. Detta ricostruzione, che per la sua complessità e selettività renderebbe la norma di ancora più rara attivazione, comporta *inter alia* l'esclusione della c.d. responsabilità da contagio per tutte le condotte dell'agente comune, in quanto una persona contagiata non ha — si osserva — il « possesso dei germi » che l'affliggono e dunque non può dar luogo alla « diffusione » degli stessi. Secondo questo orientamento, la responsabilità penale del paziente contagiato dovrebbe essere fondata sul ricorso a diverse fattispecie incriminatrici (tra le quali sono state proposte le lesioni personali, l'omicidio e, nei casi più gravi, la strage) ²¹.

L'interpretazione restrittiva del soggetto attivo, ispirata al contesto storico e sociale in cui è nato l'art. 438 c.p., è stata recentemente convalidata da un'autorevole pronuncia della Corte di cassazione del 2018 ²²: si tratta di un approccio che, tuttavia, appare da rivalutare alla luce delle odierne modalità epidemiologiche delle malattie infettive (*ivi* inclusa la *covid-19* attualmente diffusa in Italia), generate da fattori naturali ed alimentate dal fenomeno della globalizzazione in misura almeno eguale, ove non superiore, ai casi di responsabilità da contagio professionale o « da laboratorio » ²³.

²¹ *Ibidem.*

²² Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018, pp. 13-14. La pronuncia, che sarà in seguito oggetto di più specifica disamina in tema di delimitazione dell'elemento materiale del delitto di epidemia, osserva, per ciò che rileva in questa sede, che « [l]a dottrina maggioritaria nonché la giurisprudenza di merito e anche di legittimità (Sez. 4, n. 2597 del 26/01/2011, Ceriello, sia pure in un *obiter dictum*) hanno infatti sottolineato 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 conseguenza che *il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità*. Pertanto 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 interpretazione ermeneutica della norma 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» ». Il corsivo è aggiunto.

²³ Le modalità epidemiologiche del gruppo *coronavirus* sono state oggetto di autorevoli studi medici, tra i quali si segnala G. J. GORSE, M. M. DONOVAN, G. B. PATEL, S. BALASUBRA-

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

In altre parole, l'odierna epidemiologia, come accentuata dall'emergenza sanitaria collegata alla *covid-19*, appare lontana dall'inverare la *ratio* incriminatrice intesa dal legislatore del 1930, volta in origine ad impedire che « belve umane » potessero servirsi di germi o di altri microrganismi patogeni, individuati ed isolati nell'attività di ricerca scientifica, per provocare un'epidemia nella popolazione ²⁴.

Occorre, pertanto, un diverso inquadramento della disposizione alla luce dell'odierna globalizzazione delle malattie infettive.

In accordo ai più autorevoli studi condotti in seno all'OMS, infatti, oltre alle implicazioni medico-tecnologiche, occorre considerare altri tre parametri per la valutazione delle malattie infettive c.d. « globalizzate »: i mutamenti economici (soprattutto in area alimentare), climatici (*i.e.* riscaldamento globale, deforestazioni, perdita di biodiversità ecc.) e demografici (*i.e.* mobilità e trasporti, movimenti migratori, urbanizzazione), laddove questi ultimi costituiscono il fattore più ampio ed articolato di diffusione ed aggravamento delle epidemie ²⁵.

A dimostrazione di questa frattura tra la realtà normativa dell'art. 438 c.p. — almeno come interpretato fino ad oggi — e la realtà fattuale delle nuove malattie infettive globalizzate, la giurisprudenza conosce ad oggi pochissime pronunce in tema di epidemia, quasi sempre colposa e non dolosa, mentre non di rado le ipotesi di contagio (da HIV, salmonellosi, legionellosi ecc.) sono state ricondotte ad altre fattispecie incriminatrici ²⁶.

MANIAN e R. H. LUSK, *Coronavirus and Other Respiratory Illnesses Comparing Older with Young Adults*, in *American Journal of Medicine*, vol. 128, issue 11, 2015, p. 1251 ss.; per i rapporti tra diffusione della *covid-19* e globalizzazione demografica, si v. S. CHEN, J. YANG, W. YANG, C. WANG e T. BÄRNIGHAUSEN, *Covid-19 control in China during mass population movements at New Year*, in *The Lancet*, 7-13 marzo 2020, pp. 764 ss.; per studi complessivi sulla pandemia, si v. W. J. GUAN *et al.*, *Clinical Characteristics of Coronavirus Disease 2019 in China*, in *New England Journal of Medicine*, 28 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.nejm.org.

²⁴ In tal senso era spiegata l'introduzione dell'art. 438 c.p. nei lavori preparatori al codice penale, come riportato in A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 205.

²⁵ Cfr. L. SAKER, K. LEE, B. CANNITO, A. GILMORE e D. CAMPBELL-LENDRUM, *Globalization and Infectious Diseases, a Review of the Linkages*, 2004, disponibile all'indirizzo www.who.int. Per ulteriori approfondimenti sull'interazione tra globalizzazione e malattie infettive, si v. D.P. FIDLER, *Globalization, International Law and Emerging Infectious Diseases*, in *Emerging Infectious Diseases*, vol. 2, 1996, pp. 77-84; L. CHEN e M. E. WILSON, *The Globalization of Healthcare: Implications of Medical Tourism for the Infectious Disease Clinician*, in *57 Clinical Infectious Diseases*, New York, 2013, p. 1752 ss.; G. PAPPAS, P. PAPADIMITRIOU, V. SIOZOPOULOU, L. CHRISTOU e N. AKRITIDIS, *The Globalization of Leptospirosis: Worldwide Incidence Trends*, in *International Journal of Infectious Diseases*, vol. 12, issue 4, 2008, p. 351-357.

²⁶ N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cassazione penale*, fasc. 12, 2003, p. 3946. Oltretutto, nota l'Autore, che le sentenze in tema di epidemia sono quasi sempre di segno

Il delitto di epidemia non appare improntato a una soggettività ristretta, né tanto meno risulta realizzabile da soli operatori medico-sanitari che, venendo in possesso di germi patogeni, distolgano la propria attività dallo « sviluppo della scienza » per asservirla a scopi criminosi. Le odierne modalità fenomeniche, e in particolare l'attuale crisi sanitaria che ha colpito l'Italia, indicano diverse modalità di diffusione delle epidemie, generate ed aggravate nel loro decorso soprattutto da fattori demografici di matrice interna ed internazionale²⁷, tali da richiedere una nuova valutazione sulle responsabilità individuali da contagio.

In questo contesto profondamento mutato, la più recente giurisprudenza di legittimità (Cassazione penale, sezione I, sent. n. 48014/2019) ha intrapreso un percorso di rilettura della disposizione sotto il profilo del soggetto attivo, in modo da fronteggiare adeguatamente le concrete modalità diffuse che connotano le più gravi forme epidemiche.

In tema di contagio da HIV — ma nulla vieta l'assimilazione ad altre e nuove malattie infettive che, come la *covid-19*, non conoscono specifici precedenti giurisprudenziali — la giurisprudenza di legittimità ha da

assolutorio. Un'importante pronuncia della Cassazione, che ha invece riscontrato gli elementi di una responsabilità individuale da contagio, ma per lesioni personali e non per epidemia, è intervenuta di recente, nel novembre 2019. Nella stessa, tuttavia, la Cassazione ha offerto importanti spunti interpretativi in tema di epidemia, per i quali v. *infra*, nota 50.

²⁷ L. SAKER, K. LEE, B. CANNITO, A. GILMORE e D. CAMPBELL-LENDNUM, *Globalization and Infectious Diseases*, cit., p. 35 ss. In particolare, gli autori rilevano: « *Population mobility produces many kinds of health impact, which affect the migrant and/or host populations positively or negatively. Historically, the most direct impact has been the spread of infectious disease. Human migration has been a source of epidemics throughout history, and several of these have influenced the outcome of war or changed whole societies (Wilson, 1995). Indeed, efforts in international health cooperation during the nineteenth century were focused on preventing infections spreading from one country to another (Gushulak, 2000). There are several reasons why population mobility and the incidence and spread of infections are closely linked. First, the conditions which lead people to migrate are akin to those which favour the emergence of new infections and the breakdown of structures and systems to control well understood infections. Poverty, overcrowding, repression and economic failure, for example, not only encourage people to move but often lead to breakdown of public health infrastructure, and of provision of housing, safe and sufficient drinking water, sanitation, and education. Second, the process of migration can present significant psychological, socioeconomic and even physical challenges. In particular, mass migration itself increases the risk of infection if displaced people or refugees are malnourished, have inadequate water and sanitation, and are overcrowded. In some cases, this leads to unregulated and inappropriate use of antibiotics, which can contribute to the emergence and spread of drug-resistant organisms (Minas, 2001). On arrival also, migrants can be more susceptible to a range of infectious diseases, such as those associated with poor housing (tuberculosis and respiratory infections). Third, migration brings people into contact with new microbes and vectors, as well as new gene pools, immunological makeups, cultural preferences, behavioural patterns and technologies, all of which influence the risk of infection* ». Il corsivo è aggiunto.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

ultimo osservato che l'art. 438 c.p. non opera una « selezione » delle condotte di diffusione dei germi, ma richiede in senso ampio che l'agente procuri un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuare come ciò debba avvenire ²⁸.

Da ciò discende che la « diffusione rilevante » ai fini dell'epidemia non vada ricondotta ai soli casi di previo « possesso di germi patogeni in capo all'autore, segnato da *separazione fisica* tra l'oggetto [quel che viene diffuso] e il soggetto [ossia chi diffonde] », di fatto sancendo il superamento della teoria della c.d. *alterità*: in altre parole, l'art. 438 c.p. non esclude che la diffusione epidemica possa aversi anche quando l'agente sia egli stesso il vettore dei germi patogeni (teoria della c.d. *unitarietà*) ²⁹. Più verosimilmente, l'espressione « mediante la diffusione di germi patogeni » non va intesa come una limitazione del soggetto attivo al « possessore » di germi patogeni separati, ma come un'esclusione dall'ambito dell'epidemia degli strumenti diffusivi diversi dai germi patogeni (*i.e.* sostanze tossiche, radioattive ecc.) ³⁰.

La nuova concezione elaborata dalla Corte di cassazione, in relazione al soggetto attivo dell'epidemia, riapre alla tesi unitaria che, in passato, sosteneva l'ammissibilità della responsabilità da contagio in capo a chi, sapendosi affetto da malattia infettiva, si fosse reso diffusore di germi patogeni « mescolandosi alla popolazione immune » ³¹.

Tale riapertura, tuttavia, non può implicare valutazioni aprioristiche, in quanto la previsione del paziente infetto tra i soggetti attivi del reato *ex art.* 438 c.p. deve essere operata considerando le modalità concrete del fenomeno epidemiologico e, soprattutto, la corrente diversificazione tra c.d. *infettati primari* e c.d. *infettati secondari*, che soggiacciono a giudizi di rimproverabilità sensibilmente diversi in funzione del diverso contributo causale offerto alla diffusione della patologia letale (e che, per questo, sarà oggetto di analisi *infra*, par. 5.3, in tema di multifattorialità e nesso causale).

²⁸ Questo assunto riapre il dibattito sulla realizzabilità dell'epidemia tramite condotte omissive, per il quale si v. *infra* par. 5.1.

²⁹ Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 30 ottobre 2019 (dep. 26 novembre 2019), p. 10, dalla quale è estratto il precedente virgolettato, nel quale il corsivo è aggiunto.

³⁰ In questo senso, si v. D. CARCANO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 481.

³¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA (a cura di), vol. VI, Torino, 1983, p. 396.

3. *La plurioffensività dell'epidemia alla luce della globalizzazione delle malattie infettive.* — L'epidemia è collocata tra i delitti di comune pericolo mediante frode — attesa l'insidiosità della diffusione dei germi patogeni tra la popolazione — e costituisce, pertanto, il *pendant* della strage (art. 422 c.p.), delitto di comune pericolo distinto per il diverso mezzo di realizzazione (la violenza, in luogo della frode) ³².

Nominalmente, i beni giuridici tutelati dalla disposizione sono la pubblica incolumità e, più specificatamente, la salute pubblica ³³. Tuttavia, alla luce delle considerazioni che precedono, l'epidemiologia della *covid-19* impone una elaborazione in chiave plurioffensiva dell'oggettività giuridica lesa dal delitto di epidemia, che tenga in debito conto il fenomeno della globalizzazione e la necessaria interazione tra diritto alla salute e altri diritti fondamentali.

La nozione di « salute pubblica », che costituisce comunque la pietra angolare dell'oggettività giuridica tutelata dall'art. 438 c.p., è al centro di

³² C. ERRA, voce *Epidemia*, cit., p. 46.

³³ L'espressione utilizzata implica l'adesione a quell'autorevole orientamento secondo il quale, nonostante incolumità e salute pubbliche siano accomunate nella trattazione codicistica, sussisterebbero dei rilievi di distinzione tra i due beni giuridici di cui dovrebbe aversi considerazione, *cfr.* M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI e D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza del prodotto*, Padova, 2007, p. 201 ss. Per le ulteriori speculazioni sull'ampio tema dell'incolumità pubblica, si rinvia, per esigenze di sintesi, a S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica. Tomo II: i delitti di comune pericolo mediante frode*, in G. MARINUCCI e E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2014; S. RIONDATO, *Delitti contro l'incolumità pubblica. Artt. 422-452 c.p.*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p. 1270 ss.; A. ZERBOGLIO, *Delitti contro la pubblica incolumità*, in E. FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, Milano, 1935. Sul ruolo svolto dal « bene giuridico » (o « valore ») nel sistema penalistico italiano e, segnatamente, nella teorica della offensività (*nullum crimen sine iniuria*) si rinvia, per esigenze di sintesi, all'ampio dibattito della letteratura e, in particolare, a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 e ss.; N. BARTONE, *Il diritto penale odierno e concreto. Il reato nel suo volto europeo e internazionale*, Padova, 2012., p. 59 e ss. L'Autore osserva che « il reato [...] deve necessariamente consistere nell'offesa significativa di beni costituzionalmente rilevanti »; G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1938, p. 3 e ss.; G. DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obiettivamente protetto*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976; G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 1982, p. 42 e ss.; A. PAGLIARO, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, Milano, 2006, p. 60 e ss. L'Autore osserva che sussistono « due concetti di bene giuridico[:] bene giuridico [come] elemento indispensabile per individuare il contenuto della norma penale [e bene giuridico come] scopo della norma (o un suo momento centrale) ».

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

diverse ricostruzioni nel diritto interno: ad una nozione « minimalista e negativa », che fa corrispondere la salute alla « assenza di malattie », si contrappone oggi una più moderna ricostruzione c.d. « ampia e positiva », che la aggancia alla qualità generale della vita individuale, in relazione a parametri di matrice internazionale ³⁴.

L'impatto della globalizzazione sull'epidemiologia ha tuttavia determinato l'interessamento di beni giuridici tutelati quali la vita e l'incolumità individuale, l'economia pubblica e la sicurezza internazionale: ciò implicherebbe la natura plurioffensiva dell'epidemia, lesiva del c.d. « ordine internazionale » e dei diritti fondamentali individuali, inevitabilmente compressi dalla diffusione delle pandemie.

4. *I « confini » del dolo e della colpa nel delitto di epidemia.* — Il delitto di epidemia è punito nel codice penale a titolo di dolo (art. 438 c.p.) e a titolo di colpa (art. 452 c.p. « delitti colposi contro la salute pubblica »).

Occorre premettere che, sul piano metodologico, la disamina dell'elemento psichico dell'epidemia è in buona parte comune anche alle altre fattispecie intervenienti nei casi di responsabilità individuale da contagio, che si connotano — più che per l'elemento soggettivo — per la minore incidenza del dato quantitativo della malattia diffusa o dell'evento letale (rispettivamente, lesioni ed omicidio, anche occorsi a titolo di colpa e in ambito sanitario *ex art. 590-sexies c.p.*). La qualificazione del fatto, da operarsi necessariamente *in concreto*, dovrà dunque tenere conto delle differenze inerenti all'elemento oggettivo (e in particolare all'evento) tra le fattispecie richiamate, che saranno più avanti esaminate (*v. infra*, par. 5.2.1).

L'indagine dell'elemento psicologico deve essere, in questa sede, tripartita.

In primo luogo, occorre individuare il c.d. « confine » del dolo ³⁵

³⁴ A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 58.

³⁵ L'espressione, particolarmente illuminante, è di D. PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 56, n. 1, 2013, p. 24 e ss., che osserva: « Sullo sfondo della definizione di dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico, costitutivo di delitto, il problema del *limes*, del confine ultimo, può essere così formulato: quali siano i contenuti o requisiti *minimi* della *rappresentazione del fatto* e della *volontà del fatto*, necessari e sufficienti a fondare l'imputazione del dolo. Rientra in questo campo problematico, e ne è per così dire il nucleo, il *problema del dolo eventuale*: può essere ricondotto all'imputazione per dolo — e se sì, a che

nell'art. 438 c.p., che incontra, almeno in tempi recenti, una trattazione condivisa nella dottrina e nella giurisprudenza.

In secondo luogo, si cercherà di operare la più complessa individuazione del coefficiente colposo nell'ambito dell'art. 452 c.p., dovendosi distinguere il soggetto attivo, come precedentemente tipizzato, che risponde a titolo di colpa medica o professionale (*i.e.* medico, ricercatore ed operatore sanitario, con attivazione della disciplina di settore) da quelli che rispondono a titolo di colpa comune e da colpa per inosservanza di leggi o di provvedimenti della pubblica autorità (*i.e.* il paziente contagiato che trasmetta il *virus*, diffondendo il morbo nella popolazione).

Infine, sulla scorta di questa seconda operazione, si tenterà di delimitare i « confini » dei coefficienti intermedi del dolo (eventuale) e della colpa (cosciente), utilizzando come parametri discretivi la conoscenza dello *status* di contagiato, la « funzione di ammonimento » (o di « appello », *Appellfunktion*)³⁶ svolta dalla normativa di contenimento dell'emergenza sanitaria (*i.e.* d.l. n. 19 del 25 marzo 2020) e la conseguente accettazione dell'evento da parte dell'agente.

4.1. *Il dolo nell'epidemia.* — L'elemento psicologico necessario ad integrare il delitto di epidemia dolosa (art. 438 c.p.) si ritiene oggi integrato nella volontà dell'azione (diffusione dei germi patogeni) e dell'evento (la verifica dell'epidemia), il cui presupposto è l'effettiva conoscenza dell'idoneità patogena dei germi diffusi (dolo generico)³⁷. Non manca però un orientamento più risalente, che richiede l'intenzione — o la finalità — di provocare l'epidemia (dolo specifico)³⁸.

Tuttavia, anche alla luce dei dati precedentemente considerati, occorre dar conto che non si registrano, nella prassi giurisprudenziale,

condizioni — un fatto non rientrante negli scopi o intenzioni dell'agente, né previsto come certo? ».

³⁶ Per lo sviluppo della nozione, cfr. Y. NAKA, *Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*, in *Juristenzeitung*, 1961, pp. 210-211; I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, p. 1 e ss.; T. ZIMMERMANN, *Rechtfertigungsgründe - Grundlagen und Wirkung*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH e B. VALERIUS (a cura di), *Handbuch des Strafrechts*, Heidelberg, 2020, p. 424.

³⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 36.

³⁸ E. BATTAGLINI e B. BRUNO, voce *Incolunità pubblica*, cit., p. 546; C. ERRA, voce *Epidemia*, cit., p. 46. Per una più recente ricostruzione del dibattito, D. CARCANO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 481.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

pronunce di condanna per epidemia dolosa ³⁹: anche laddove la giurisprudenza abbia rilevato una responsabilità individuale da contagio di malattie infettive, essa è stata ricondotta ad altre fattispecie incriminatrici (in realtà, più per difetto dell'elemento materiale tipico, che di quello psicologico), come le lesioni personali, richiamate dalla Corte di cassazione nella menzionata sentenza n. 48014 del 2019.

4.2. *La necessaria gradazione del rimprovero colposo nell'art. 452 c.p.: colpa medico-professionale, generica, cosciente e specifica.* — La scarsa attivazione nella prassi del delitto di epidemia dolosa ha comportato che l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza più recenti fosse maggiormente rivolta alla delimitazione dei « confini » psicologici inerenti alla fattispecie di epidemia colposa (art. 452 c.p.) che stabilisce che « chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti [dall'art. 438] è punito: [...] 2) con la reclusione da uno a cinque anni [...] ».

La disposizione è, infatti, più sollecitata dall'attualità epidemiologica delle malattie infettive, *ivi* inclusa la *covid-19*.

A tal punto, coerentemente con le considerazioni operate in tema di soggetto attivo, la trattazione dell'epidemia colposa deve essere suddivisa in relazione alla colpa c.d. *speciale* (o professionale) da contagio in ambito medico-sanitario (v. *infra* par. 4.2.1) e agli altri coefficienti colposi configurabili in capo ai pazienti contagiati: da un lato, la colpa generica e c.d. *comune* di chi diffonda germi patogeni, inosservando regole cautelari non scritte di condotta (di diligenza, di prudenza ecc.), non soggiacendo a prescrizioni *extra ordinem* di contenimento del contagio imposte dalla pubblica autorità (v. *infra* par. 4.2.2); dall'altro lato, invece, la colpa c.d. *specifica* di chi determini il contagio tramite la diffusione di germi patogeni ed inosservando le leggi, i regolamenti o i provvedimenti adottati dalla pubblica autorità per contrastare la diffusione epidemica (v. *infra* par. 4.2.3) ⁴⁰. In quest'ultima sede, si cercherà di operare l'ulteriore verifica, mutuata dall'esperienza giurisprudenziale sviluppata nei casi di trasmissione di altre malattie infettive, antecedenti alla *covid-19*, sull'elemento psicologico del paziente contagiato che agisca violando le regole di prudenza con consapevolezza del proprio *status* di contagiato.

³⁹ Si v. quanto osservato *supra*, nota 26.

⁴⁰ Le classificazioni degli stadi colposi qui adottate (generica e comune, specifica, speciale o professionale ecc.) sono quelle sviluppate da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 352 ss.

4.2.1. *L'approccio precauzionale (precautionary approach) in ambito medico-sanitario come parametro valutativo essenziale della responsabilità professionale da contagio: il contenimento epidemico tra medicina difensiva e sequenzialità della colpa.* — L'attività medico-sanitaria ha un ruolo cruciale, e particolarmente esposto, nella gestione del contenimento epidemico, sicché è più che mai avvertita la necessità di garantire gli aspetti di *safety* e di *security* delle prestazioni svolte nei confronti dei soggetti contagiati⁴¹. Alla luce della posizione di garanzia, assunta dagli operatori medico-sanitari nel contrasto della diffusione epidemica e nella cura degli infettati, è tuttavia necessario sviluppare alcune riflessioni sugli stadi colposi che possono intervenire nello svolgimento dell'attività professionale⁴².

Il tema della colpa c.d. *speciale* (o *professionale*) da contagio epidemico in ambito medico-sanitario richiama, in buona parte, il complesso di attività rischiose giuridicamente autorizzate, interessate dall'inosservanza di regole cautelari, dalla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, secondo il c.d. agente modello⁴³. Il punto della questione è se sia

⁴¹ Al 31 marzo 2020, le agenzie di stampa denunciano la morte di 63 medici e il contagio di 8.358 operatori sanitari a causa della *covid-19*, come verificabile agli indirizzi www.ansa.it e www.repubblica.it. Per la dottrina, si v. C. CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.sistemapenale.it. Per la critica della comunità internazionale allo status di sicurezza degli operatori sanitari nell'attività di contrasto alla *covid-19*, si v. D. CHANG, H. XU, A. REBAZA, L. SHARMA e C. DE LA CRUZ, *Protecting Health-Care Workers from Subclinical Coronavirus Infection*, in *The Lancet*, 13 febbraio 2020, disponibile all'indirizzo www.thelancet.com. Sul piano internazionalistico, l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) ha di recente segnalato un vero e proprio allarme inerente al fenomeno dei c.d. *attacks on health care*, che consistono in tutte le forme di minaccia, di aggressione o di ostacolo, verbale e fisico, che interferiscono con la regolarità e la prestazione di servizi medico-sanitari, preventivi e curativi, durante le emergenze. Per ciò che concerne il personale umanitario impegnato nel contrasto alle epidemie e alle emergenze sanitarie, anche in situazioni di conflitto armato, si v. il *report* del segretariato generale delle Nazioni Unite dal titolo *Safety and Security of Humanitarian Personnel and Protection of United Nations Personnel*, A/73/392, del 24 settembre 2018, disponibile all'indirizzo www.un.org.

⁴² In senso più generale, per ciò che concerne la disciplina delle posizioni di garanzia medico-legali nella gestione degli agenti patogeni, si v. R. URSO, P. CHINELLO, S. MOSTI e L. GRIMALDI, *Aspetti medico-legali delle infezioni da germi antibiotico-resistenti alla luce della legge 8 marzo 2017 n. 24*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 3, 2018, p. 881 ss.

⁴³ Cfr. V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 2006, p. 1240 ss.; G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 2, 2019, p. 671 ss.;

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

attribuibile all'agente l'evento dannoso derivante dall'assunzione del c.d. rischio consentito: l'indeterminatezza del concetto di « rischio » è stata almeno parzialmente superata dall'intervento della legge n. 24 del 2017, che ha introdotto in ambito medico alcuni parametri valutativi predeterminati ⁴⁴.

Non essendo questa la sede per una disamina della colpa medica *tout court*, ed essendo invece il campo di indagine limitato alla gradazione della colpa nei delitti di epidemia e di morte o lesioni da contagio in ambito sanitario, giova considerare che l'attività interpretativa deve essere improntata ad un approccio precauzionale al rischio medico in tema di gestione degli elementi patogeni.

Soprattutto in condizioni di incertezza scientifica sugli effetti dannosi del germe patogeno, come quelle che hanno caratterizzato le prime ore di proliferazione della *covid-19* in Italia, occorre considerare l'approccio precauzionale (c.d. *precautionary approach*) come « enunciato generale » di derivazione internazionale, posto a tutela dei più alti valori ordinali (come la salute pubblica, ma anche la tutela ambientale, la sicurezza dei trasporti e della navigazione ecc.) ⁴⁵.

⁴⁴ Il d.d.l. *Gelli* ha ridisegnato i confini della colpa medica: l'art. 6 ha introdotto l'art. 590-ter c.p., secondo il quale « l'esercente la professione sanitaria il quale, nello svolgimento della propria attività, cagiona, a causa di imperizia, la morte o la lesione personale del paziente, risponde dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, solo in caso di colpa grave ». Anche la colpa grave è, invece, depenalizzata quando, « salve le rilevanti specificità del caso concreto, risultano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali ». Il d.d.l. *Gelli* ha quindi operato una totale depenalizzazione della colpa qualora risultino rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali. Restano, come chiarito dalla norma, salve le rilevanti specificità del caso concreto. Per una più ampia disamina della colpa medica, si v. Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 53453 del 2018; Cassazione penale, sezione IV, n. 16237 del 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2013; per la dottrina, M. CAPUTO, *Colpa penale e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017; M. GAMBARDILLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Archivio penale*, 2018, p. 303 ss.; D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 maggio 2013; N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica. Guida operativa alla riforma Gelli-Bianco. Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale, casistica*, Torino, 2019; V. ZUCCHERINO, *Il grado della colpa in ambito medico: l'eterno ritorno dell'art. 2236 c.c. tra assillo riformatore del parlamento e interpretazione della giurisprudenza*, in S. RUSCICA (a cura di), *Giurisprudenza penale*, Milano, 2018, p. 29 ss.

⁴⁵ Specificatamente, per l'approccio precauzionale in ambito medico alla *covid-19*, si segnala il recente studio di G. DI GUARDO, *Covid-19, A Principle of Precaution-Based Approach*, in *Science*, 367, del 15 febbraio 2020. Per l'approccio precauzionale alla salute pubblica sullo scenario internazionale, B. D. GOLDSTEIN, *The Precautionary Principle Also*

Secondo i due corollari più rilevanti dell'approccio precauzionale, chi esercita la professione medico-sanitaria, venendo a contatto con agenti patogeni, soggiace a due obblighi essenziali: la c.d. *default option*, per la quale, in caso di incertezza del mezzo (il germe patogeno, o il paziente da esso contagiato), l'agente modello deve comportarsi presumendolo pericoloso; il criterio del c.d. *maxmin*, per il quale ogni scelta che occorre in una situazione di incertezza medico-sanitaria deve essere operata considerando la verifica della peggiore conseguenza possibile (c.d. *worst case scenario*)⁴⁶.

L'irrigidimento degli *standard* di colpevolezza, di prevenibilità e prevedibilità dell'evento, e di accettazione del rischio in ambito medico-sanitario, trova una sua giustificazione in relazione alla delicatezza della gestione degli agenti patogeni in tali contesti, posta la gravità degli eventi che possono derivare dalla diffusione degli stessi nella popolazione⁴⁷.

Tuttavia, ad avviso di un autorevole orientamento, l'innalzamento degli *standard* valutativi dell'errore o della colpa in ambito sanitario (più che mai attuale alla luce della complessa gestione dei primi focolai da *covid-19* in Italia) avrebbe determinato un approccio c.d. *accusatorio*

200

Applies to Public Health Actions, in *American Journal of Public Health*, 91 (9), 2001, pp. 1358 ss. Nell'ambito del diritto internazionale, il *precautionary approach* ha invece trovato un autorevole sviluppo, per la tutela internazionale dell'ambiente, in G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, cit., p. 279; per il diritto marittimo, si v. Y. TANAKA, *Juridical Insights into the Protection of Community Interests through Provisional Measures: Reflections on the ITLOS Jurisprudence*, in *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, I, 2015, pp. 259-260; si v. anche S. MARR, *The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources*, in *European Journal of International Law*, 11, 4, 2000, pp. 815 ss. Si consenta, inoltre, il rinvio alle considerazioni svolte in tema di approccio precauzionale al diritto marittimo in E. PERROTTA, *Il caso Enrica Lexie e la tutela cautelare dei diritti individuali*, cit. p. 290. L'impostazione dell'approccio precauzionale come enunciato generale è riportato in A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 69.

⁴⁶ Per gli interessanti profili di casualità e causalità nel decorso delle malattie infettive, e della (mancata) verifica del c.d. *worst case scenario* in ambito medico, si segnala lo studio di E. LOFGREN, C. RIVERS, B. LEWIS, M. V. MARATHE, M. WILSON, J. CHEN e S. EUBANK, *Is it Just Bad Luck? Examining the Role of Random Chance in the Epidemiology of Ebola*, in *Open Forum Infectious Diseases*, vol. 2, 2015, p. 1399 ss. La ricostruzione, dottrinale e giurisprudenziale, dei criteri della *default option* e del *maxmin* è più ampiamente operata in A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 69.

⁴⁷ Per il ricorso al principio precauzionale, e al criterio del *maxmin* nel più generale quadro dei delitti contro la pubblica incolumità, si afferma in giurisprudenza che, se di un fenomeno naturale o umano non si conoscono le caratteristiche fondamentali — *ivi* incluse le cause, il decorso, gli effetti possibili — la cautela che occorre utilizzare per affrontarne o ridurne le conseguenze deve essere ancora maggiore, in quanto non si può escludere, con valutazione prognostica su base tecnico-scientifica, un effetto più distruttivo. Si v. Cassazione penale, Sezione IV, sentenza n. 16761 del 2010.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

all'attività del medico o dell'operatore sanitario, inducendo questi ultimi a ricorrere alla c.d. « medicina difensiva »⁴⁸: l'espressione indica il complesso di azioni o omissioni, tenute volontariamente o involontariamente dal professionista in ambito medico, che non perseguono primariamente il bene del paziente, ma tendono ad evitare le accuse per l'agente di aver ignorato l'esistenza di cure opportune, ovvero di essere intervenuto medicalmente nonostante un alto rischio di insuccesso⁴⁹.

In realtà, occorre anche rapportare all'epidemia da colpa professionale le osservazioni rassegnate dalla giurisprudenza a proposito di omicidio plurimo in ambito medico-sanitario⁵⁰, determinato dalla colposa proliferazione di germi patogeni in ambienti clinico-ospedalieri: la Corte di cassazione ha infatti confermato il coefficiente colposo nella condotta dei medici operanti, sulla base di una « conoscibilità » sequenziale (o crescente) dell'evento mortale man mano che i pazienti, ricoverati in terapia intensiva, decedevano per un'infezione cagionata dal medesimo ceppo batterico. In altre parole, la Corte ha osservato che la « conoscibilità » dell'evento infettivo e patogeno, seguito da esiti letali, fosse meno intensa in relazione al primo paziente contagiato e maggiore rispetto

⁴⁸ G. FORTI, *Editoriale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 3, 2019, p. 854.

⁴⁹ La definizione è sviluppata in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO e G. VARRASO (a cura di), *Il problema della "medicina difensiva". Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, p. 17. Per ulteriori approfondimenti sull'argomento, si v. F. BUZZI, V. PALIERO, F. RANDAZZO e P. DANESINO, "Cause e mezzi" della medicina difensiva: riflessioni medicolegali, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 1, 2013, pp. 17 e ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2011, p. 1085; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 347; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012; G. ROTOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1259 ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 1, 2013, p. 1 ss.

⁵⁰ La fattispecie diverge dall'epidemia (aggravata dall'evento-morte) in quanto, nell'omicidio plurimo, il numero delle vittime « per quanto cospicuo » è comunque determinato; non così nell'epidemia ex artt. 438 co. 2 e 452 c.p., nella quale — come si dirà in sede di tipizzazione dell'evento, v. *infra* par. 5.2 e ss. — il numero di vittime è ingente, pressoché indeterminato, esteso fenomenologicamente ma contenuto nei tempi di verifica. Cfr. Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 2019. La distinzione sulla base del numero delle vittime è, d'altra parte, coerente con la distinzione tra beni giuridici tutelati, in quanto l'omicidio è pur sempre incriminato da una norma posta a presidio dell'incolumità individuale (anche in forma plurima), mentre gli artt. 438 e 452 c.p. tutelano, in primo luogo, l'incolumità pubblica e la salute pubblica, v. *supra*, par. 3.

all'ultimo, quando si era ottenuta la certezza della capacità del germe isolato di determinare un « fenomeno epidemico nosocomiale »⁵¹.

Applicando il costrutto della « conoscibilità crescente » della sequenza patogena, e dell'evento mortale, alla struttura psicologica dell'epidemia colposa, dovrebbe pertanto riconoscersi un giudizio di rimproverabilità minore nell'attività medica svolta nei confronti dei c.d. *infettati primari* (i c.d. *paziente zero*, *paziente uno* ecc.), quando le evidenze epidemiologiche non sono ancora del tutto chiare al professionista. In accordo a questo indirizzo, il giudizio di rimproverabilità colposa dovrebbe essere, pertanto, più stringente nei confronti di chi sia intervenuto medicalmente nei confronti dei c.d. *infettati secondari*, *terziari* e successivi, ossia quei soggetti che abbiano contratto la patologia « a catena », entrando a contatto con il primo ordine di infettati: il susseguirsi delle manifestazioni infettive derivanti dalla medesima fonte patogena determinerebbe l'innalzamento del livello di « conoscibilità » del rischio epidemico in capo all'operatore medico-sanitario, aumentando la rappresentazione che egli ha dell'evento e della condotta necessaria ad evitarlo.

Tuttavia, questo schema necessita di un raccordo con la causalità — invero del tutto peculiare — nell'epidemia, comunque diversa da quella che informa l'omicidio e le lesioni (anche plurimi) occorsi in ambito medico-sanitario.

⁵¹ Cassazione penale, Sezione IV, sentenza n. 25689 del 2016, pp. 7-8. La Corte ha infatti osservato: « emblematica la triste *sequenzialità* evidenziata dalla sentenza gravata. [A]nche a considerare non percepibile l'insorgenza dell'infezione nosocomiale ai primi sintomi manifestati dalla [prima paziente], ponendoli in relazione con quelli, peraltro sovrapponibili, riscontrati nella seconda ricoverata presso quel reparto [...], l'ipotizzabilità di un tale situazione era ben ricavabile dal tipo di batterio isolato ([...] germe opportunisto, capace di colonizzare ambienti ospedalieri), dal tipo di reparto interessato, il quale è chiamato ad ospitare pazienti gravemente defedati ed immunodepressi e dall'emblematico susseguirsi delle manifestazioni infettive, aventi le stesse caratteristiche. [...] L'aver voluto disporre il collocamento della [terza paziente] in quel reparto di terapia intensiva, dopo la sottoposizione alla delicata operazione al cuore, integra senz'altro una intollerabile leggerezza, i cui rischi erano agevolmente percepibili, dopo che in quel nefasto reparto si erano gravemente infettate, con la medesima sintomatologia, già due pazienti ed essendo già certo (almeno per la prima) che la natura del batterio isolato era per lo meno compatibile con un fenomeno epidemico nosocomiale. Né può affermarsi in contrario che una tale situazione era divenuta palese sol quando la [terza paziente] si trovava già sul tavolo chirurgico, in quanto il batterio in discorso era stato [precedentemente] individuato[.] In ogni caso, a tutto concedere, si sarebbe ben potuto ovviare predisponendo il ricovero della [terza paziente] presso unità di terapia intensiva di altro presidio, se del caso, ospedaliero. Condotte, queste, che sarebbero state sicuramente salvifiche ». Il corsivo è aggiunto.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

Come avrà modo di notarsi in tema di elemento materiale (v. *infra*, par. 5.3), il decorso causale verso l'epidemia, connotata da una particolare vastità e rovinosità degli effetti, viene orientato in modo decisivo al momento della gestione sanitaria della cerchia degli *infettati primari*, rispetto alla quale si concentra buona parte dell'« evitabilità » dell'evento, presupposto essenziale della responsabilità medico-colposa⁵². In ragione di ciò, la maggiore incertezza scientifica che tipicamente accompagna i primi casi di contagio (soprattutto per malattie infettive che, come la *covid-19*, provengono da ceppi esteri e che richiedono tempo per l'isolamento della sequenza virale) dovrebbe incontrare, proprio nella fase primaria del contagio, un approccio estremamente prudentiale in ambito medico-sanitario, ispirato al menzionato *precautionary approach*.

In questo senso, pertanto, si giustificerebbe una valutazione più rigida della colpa per gli interventi medici di contrasto e di contenimento del contagio operati nella cerchia degli *infettati primari*, tale da configurare una sequenzialità colposa « invertita » o « discendente », più stringente per il medico che abbia colposamente determinato l'evento in questa fase prima operativa, rispetto al professionista che sia intervenuto nelle fasi successive.

Questa ricostruzione è coerente con le osservazioni rassegnate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di collaborazione medica c.d. *diacronica e orizzontale*⁵³, caratterizzata cioè da uno sfalsamento temporale degli interventi sanitari, ma anche da un'omogeneità di rango e di attività svolte (*i.e.* medici operanti nel campo dell'infettivologia, della

⁵² Per un'analisi particolarmente autorevole dell'elemento della evitabilità, si v. F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cassazione penale*, 2005, pp. 1062 ss.

⁵³ Per il contributo della dottrina e della giurisprudenza sul tema della cooperazione sincronica e diacronica, si v. F. INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Padova, 1955; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI e R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003; Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 22579 del 2005, con nota di C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cassazione Penale*, fasc. 9, 2006, p. 2834 ss.; Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 47145 del 2005, con nota di G. IADECOLA, *La ripartizione della colpa nell'attività medica svolta in équipe*, in *Cassazione Penale*, fasc. 1, 2007, pp. 143 ss.; F. INTRONA, *Editoriale. Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fasc. 6, 2001, p. 879 ss.; G.A. NORELLI, *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico-legali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, fasc. VII, 1985, p. 782 ss.; F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2010, p. 1229 ss..

pneumologia, della terapia intensiva ecc.). In questo ambito, i principi dell'autoresponsabilità e dell'affidamento⁵⁴, che informano la collaborazione medica e la gestione del rischio, riconoscono al professionista che intervenga nella cerchia degli *infettati primari*: da un lato, un'aspettativa (o una « fiducia ») sull'osservanza delle regole cautelari da parte dei medici che intervengano nelle fasi successive del contagio (*i.e.* successione dei turni, gestione degli *infettati secondari* ecc.); dall'altro lato, però, anche un obbligo di « previsione o prevedibilità ed evitabilità » del comportamento scorretto altrui, ovvero di una pericolosa inosservanza delle regole cautelari.

Al professionista chiamato a fronteggiare il rischio epidemico negli *infettati primari* si richiede, pertanto, lo sviluppo di un'« intelligenza » medica, che si sostanzia non solo nell'obbligo di astenersi dalle proprie imprudenze, ma anche nel prevenire (e neutralizzare) le imprudenze altrui, nell'ottica di una piena valorizzazione degli approcci precauzionali, necessari nel contesto di inevitabile incertezza scientifica che connota le prime fasi di contenimento epidemico, tenuto conto del concreto contesto operativo e del ricorso alle tecniche di *triage*⁵⁵.

La comunità internazionale ha inoltre proposto l'istituzione di un particolare regime di immunità — anche di derivazione internazionale — per i professionisti medico-sanitari che volontariamente prestino attività nell'ambito di un'emergenza sanitaria globale, non solo per disincentivare condotte di astensionismo, ma anche al fine di creare un sistema di

⁵⁴ Per la trattazione dei quali, specie dell'affidamento, si v. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe* (nota a Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 19637 del 2010), in *Cassazione penale*, fasc. 11, 2011, p. 3857 e ss. L'Autrice osserva: « ogni sanitario, si legge assai di frequente nelle motivazioni della suprema Corte, è tenuto al rispetto *non solo delle regole di diligenza proprie della specifica mansione svolta*, ma anche di quegli obblighi che derivano ad ognuno dal convergere delle attività verso un fine comune ed unico: ogni medico, di conseguenza, non può esimersi dal *conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da un altro collega e dal controllarne la correttezza*, attivandosi per porre rimedio ad errori altrui che risultino evidenti per un professionista medio ». Il corsivo è aggiunto.

⁵⁵ Il concetto più prossimo, tra quelli elaborati dalla dottrina, è quello dell'*medicus eiusdem professionis et conditionis* relativo al medico secondo interveniente, volto alla tutela della salute tenendo conto delle specificità del contesto operativo. Il costrutto concretizza il dovere di riconoscere ed evitare l'evento lesivo in capo all'agente reale, combinando il potere dell'ultimo intervenuto con quello del primo, rappresentandone così il naturale completamento, *cfr.* M. CAPUTO, *Colpa penale e sicurezza delle cure*, cit., pp. 69-70. Per la rivalutazione del *triage* nelle discipline penalistiche, si v. L. MARCO e G. BATTARINO, *Emergenza sanitaria e responsabilità penale*, in N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, Torino, 2019.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

protezione per chi, anche a costo della propria incolumità, vada incontro al rischio di una responsabilità colposa professionale.

4.2.2. *La colpa comune del contagiato che diffonda l'agente patogeno inosservando regole cautelari ordinarie.* — L'elemento psicologico della colpa c.d. *comune* nell'epidemia è integrato allorquando il soggetto agente diffonda, per negligenza, imprudenza o imperizia⁵⁶, germi che sappia essere patogeni — dei quali, alla luce delle considerazioni esposte, può anche essere egli stesso il vettore — senza la volontà di cagionare l'evento epidemico⁵⁷.

Si tratta del grado minimo di rimproverabilità psicologica nell'ambito della responsabilità da contagio per epidemia.

Alla luce delle caratteristiche epidemiologiche di malattie infettive quali la *covid-19*, il coefficiente psicologico della colpa comune nell'epidemia deve essere riconosciuto tipicamente in capo a una categoria di soggetti agenti individuati *a contrario*: coloro i quali colposamente diffondono germi patogeni senza volere l'evento, e rispetto ai quali non operino regole cautelari-professionali (che danno luogo a colpa professionale o speciale) o contenitive-provvedimentali (che generano colpa specifica).

La mancanza di una regola, cautelare-professionale o contenitivo-provvedimentale, fa sì che l'area del rimprovero psichico sia circoscritta alla sola consapevolezza, da parte dell'agente, della pericolosità del mezzo patogeno: in tal modo, recuperando al delitto di epidemia i principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di elemento colposo, si configura la sola « conoscibilità » all'agente del rischio epidemico, attratta all'area della colpa, e non l'effettiva « conoscenza » dello stesso, che attiene alla sfera della volontarietà⁵⁸.

⁵⁶ Secondo i più autorevoli orientamenti, la rimproverabilità dell'agente tiene conto anche dell'aver agito con negligenza (mancata adozione di cautele prescritte dalle regole cautelari, trascuratezza, mancanza di attenzione e sollecitudine), imprudenza (comportamenti sconsigliati da regole cautelari, avventatezza, insufficiente ponderazione, scarsa considerazione degli altrui interessi), imperizia (inosservanza delle *leges artis*). La differenziazione è operata da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 344.

⁵⁷ Cfr. Tribunale di Bolzano, sentenza del 13 marzo 1979, cit., e riportata in tema di epidemia colposa anche in F. 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 *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2017, p. 43.

⁵⁸ La ripartizione dei confini tra dolo e colpa e, in particolare, la trattazione dei « pericoli connessi ad un concetto dilatato di dolo eventuale » sono oggetto di trattazione in Cassazione

Questo assunto acquisisce una sua rilevanza applicativa in relazione alla diffusione della *covid-19* in quanto, a rigore, accogliendo le diversificazioni epidemiologiche invalse in altre partizioni dell'infettivologia (*i.e.* HIV), dovrebbe ritenersi che lo stadio della « conoscibilità » del rischio epidemico andrebbe accordato ai soli c.d. *infettati primari*, con esclusione dei contagiati successivi.

Rispetto a questi ultimi, infatti, la diffusione del morbo nella popolazione e l'adozione di provvedimenti di contenimento e di contrasto da parte della pubblica autorità possono svolgere una funzione di ammonimento, capace di generare una vera e propria « conoscenza » del rischio lesivo, mortale o epidemico.

4.2.3. *I rapporti tra l'epidemia colposa e la nuova « inosservanza della quarantena » ex artt. 1 co. 2 lett. e) e 4 co. 6-7 d.l. n. 19 del 2020: Appellfunktion, accettazione dell'evento e conoscenza dello status di contagiato come parametri discretivi del dolo eventuale e della colpa cosciente nei casi-limite.* — In data 8 marzo 2020, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha adottato, con decreto n. 6, le « misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da *covid-19* », estese il giorno successivo a tutto il territorio italiano. Il 25 marzo 2020, con l'introduzione del d.l. n. 19, il Governo italiano ha invece riordinato e coordinato i numerosi strumenti normativi intervenuti per fronteggiare la crisi sanitaria ⁵⁹.

Nel rispetto del campo di indagine proposto, inerente alle responsabilità individuali da contagio e non esteso a tutte le possibili inosservanze delle misure limitative (ora elencate in 29 *species*), occorre premettere che tale ultimo decreto ha introdotto, *inter alia* (art. 1 co. 2): limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo o nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni (lett. *a*); limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o

penale, sezione V, sentenza n. 23838 del 2007, richiamata in D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., p. 28.

⁵⁹ Per il contributo della dottrina, si v. G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.sistemapenale.it.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

regionali, nonché rispetto al territorio nazionale (lett. *c*); applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano (lett. *d*); divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al *virus* (lett. *e*).

La violazione delle misure di contenimento (*i.e.* lett. *a*, *c*, *d*) integra un nuovo illecito amministrativo sanzionato, a norma dell'art. 4 co. 1 d.l. n. 19 del 2020, con il pagamento di una somma da euro 300 a euro 3.000, con esclusione dell'applicazione dell'art. 650 c.p. Tuttavia, la violazione della misura di cui alla lett. *e*) (divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al *virus*) integra il nuovo reato di « inosservanza della quarantena », ritenuto meritevole di un regime sanzionatorio più rigoroso — arresto da 3 a 18 mesi e ammenda da 500 a 5.000 euro ai sensi dell'art. 4 co. 6-7 del decreto — in ragione della sua particolare attitudine lesiva della salute pubblica.

Secondo la dottrina più attenta, la norma delinea un reato di pericolo astratto, connotato dall'intrinseca pericolosità — sorretta da un certo grado di evidenza scientifica ormai raggiunto anche presso la popolazione — dell'allontanamento dal luogo di isolamento di chi risulti positivo al *virus* ⁶⁰.

Tra i molteplici profili problematici della nuova fattispecie, un certo rilievo va riconosciuto ai rapporti con l'epidemia colposa *ex art.* 452 c.p. per ciò che concerne il concorso apparente di norme ⁶¹. Come è stato osservato in dottrina, l'« inosservanza della quarantena » è in rapporto di progressione offensiva rispetto all'epidemia colposa, configurabile allorquando la condotta dell'agente abbia determinato il contagio di altri

⁶⁰ *Ibidem*, par. 3.6.

⁶¹ Il tema, tra i più complessi dell'intera materia penale, conosce numerosi ed autorevoli contributi della dottrina, tra i quali si segnalano, senza pretesa di esaustività: E. DOLCINI, G. MARINUCCI e G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, pp. 540 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 680 ss.; G. LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 465 ss.; A. PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 2013, p. 1386.

soggetti, con pericolo di ulteriore propagazione della malattia rispetto a un numero indeterminato di persone ⁶².

Laddove occorra un simile evento, il fenomeno della progressività offensiva appare particolarmente valido a spiegare i rapporti tra i due reati, soprattutto alla luce del nesso strumentale che assevera l'« inosservanza della quarantena » alla più grave ipotesi epidemica, costituendone — a nostro avviso — una possibile clausola modale ⁶³.

Dal punto di vista sanzionatorio, la prevalenza della fattispecie epidemica colposa sulla nuova ipotesi contravvenzionale appare suffragata dai vari criteri discretivi elaborati in tema di concorso apparente di norme. Con riferimento al principio di specialità, assunto dalla giurisprudenza come unico criterio idoneo a dirimere il concorso di norme, l'art. 452 c.p. è disposizione connotata da specialità per aggiunta, per la peculiare caratterizzazione del pericolo di propagazione del morbo. È inoltre gerarchicamente sovraordinata, trattandosi di delitto e non di contravvenzione ed è più gravemente sanzionata, con la reclusione da 1 a 5 anni.

208

Nel senso della specialità, ovvero della sussidiarietà ⁶⁴, andrebbe dunque letta la specifica clausola di riserva apposta all'art. 4 co. 6 d.l. n. 19 del 2020 (« salvo che il fatto non costituisca violazione dell'art. 452 c.p. o comunque più grave reato ») ⁶⁵.

Anche per la presenza della clausola di riserva, appare dubbio che l'« inosservanza della quarantena » possa costituire *ante factum* dell'epi-

⁶² G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19*, cit., par. 3.6.

⁶³ A ben vedere, il reato ex art. 452 c.p. andrebbe in questi casi ravvisato allorché l'agente diffonda colposamente germi patogeni, nella specie inosservando il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora destinato alle persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al *virus*, così cagionando un'epidemia. Per la trattazione della progressione nella teoria generale del reato, si v. C. BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 1990, in particolare p. 1640 ss.; G. LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1981, p. 1236 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nell'ordinamento penale italiano*, Bologna, 1966; S. RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942; ID., *La progressione criminosa ancora una volta riconosciuta dalla giurisprudenza*, in *Scuola positiva*, 1960, pp. 309 ss.; G. VASSALLI, voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, 1987, pp. 1150 ss.;

⁶⁴ Criterio particolarmente invalso in dottrina, per il quale cfr. E. DOLCINI, G. MARINUCCI e G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 546 ss., ma ritenuto contrastante col principio di legalità da Cassazione penale, sezioni Unite, sentenza n. 47164 del 2005.

⁶⁵ Per la ricostruzione del dibattito sui criteri discretivi da utilizzare nell'individuazione della c.d. norma prevalente si rinvia, per esigenze di sintesi, a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 468 ss.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

demia colposa, con attivazione del noto dibattito sull'assorbimento o sul concorso applicativo delle norme. L'*ante factum* è, infatti, la « normale premessa » di un più grave reato, che ne costituisca lo sviluppo naturale ⁶⁶.

Per quanto dalla « inosservanza della quarantena » possa derivare il contagio di una o più persone, l'ulteriore pericolo di propagazione del morbo, tipico dell'epidemia, non può essere aprioristicamente qualificato come la « normale » conseguenza della mera contravvenzione.

Sembra pertanto più appropriata la ricostruzione del rapporto in chiave di progressione offensiva, per una pluralità di ragioni: a) la progressione è istituito strutturalmente concepito per contenere reati in rapporto di specialità, come quelli in parola ⁶⁷; b) le disposizioni operano nella c.d. *stessa materia*, in particolare perché poste a presidio del medesimo bene giuridico (la salute pubblica), offeso in modo crescente nel passaggio dalla « inosservanza della quarantena » all'evento epidemico colposo; c) il profilo edittale indica la riconducibilità materiale del fatto minore (l'« inosservanza della quarantena ») alla fattispecie maggiore (l'epidemia colposa cagionata con questa modalità).

Questa lettura appare più coerente con la *ratio* delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica: garantire priorità alla tutela della salute pubblica, monitorando l'inevitabile compressione degli altri diritti costituzionalmente tutelati ⁶⁸.

Nella recente pronuncia del 30 marzo 2020, la terza sezione del Consiglio di Stato ha infatti osservato che, per la prima volta dal dopoguerra, si è resa necessaria l'adozione di misure restrittive di diritti anche fondamentali dell'individuo — libertà di movimento, diritto al lavoro, diritto alla *privacy* ecc. — al fine di tutelare un valore « di ancor più primario e generale rango costituzionale [...] e cioè la salute della generalità dei cittadini, *messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali [...] potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo* ». La

⁶⁶ Per la dottrina, si v. E. DOLCINI, G. MARINUCCI e G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 552 ss.; G. LOZZI, *Fatto antecedente e successivo non punibile nella problematica dell'unità e della pluralità di reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1956, p. 940; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 484 cui appartiene l'espressione virgolettata; G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, 1958, p. 517.

⁶⁷ Come osservato in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 485, nota 139: « la progressione riguarda fattispecie in rapporto di specialità o di specialità reciproca ».

⁶⁸ Si v. *supra*, nota 14.

giurisprudenza pretoria ha ritenuto appropriate dette misure, accordando carattere prioritario all'« esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente a un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo »⁶⁹.

Il disallineamento tra la tutela del diritto della salute e gli altri diritti individuali, del resto, deve essere operato nel rispetto delle *International Health Regulations* (IHR), predisposte nel quadro dell'OMS: l'esigenza di una disciplina sovranazionale uniforme è stata sempre più avvertita negli ultimi anni, considerando che, come evidenziano i più recenti studi internazionali, « epidemics have never respected borders »⁷⁰.

Tuttavia, a nostro avviso, non è escluso che le nuove misure di contenimento del contagio abbiano prodotto un effetto di « appello » e di « ammonimento » alla cittadinanza⁷¹, che ha una sua propria rilevanza nell'ambito delle condotte criminose poste in essere nell'inosservanza della normativa *extra ordinem*: sin dal DPCM n. 6 del 2020, infatti, sono stati resi noti alla comunità « l'evolversi della situazione epidemiologica, il carattere *particolarmente diffusivo dell'epidemia* e l'*incremento dei casi sul territorio nazionale* » oltre che « *le dimensioni sovranazionali del fenomeno epidemico* e l'interessamento di più ambiti sul territorio nazionale ».

In tal modo, si può ritenere che la normativa urgente abbia concretamente rappresentato ai destinatari non la sussistenza di un « rischio », bensì l'effettiva verifica sul territorio nazionale ed internazionale di un vero e proprio « evento » lesivo della pubblica incolumità, così svolgendo una funzione di « ammonimento » sulla gravità dell'epidemia e un « appello » all'osservanza (*Appellfunktion*)⁷², da parte dei consociati, di nuove speciali regole di condotta.

Questo passaggio appare particolarmente rilevante in quanto, non esistendo lo strumento della « doloscopia »⁷³, risulta decisivo lo sviluppo

⁶⁹ Consiglio di Stato, sezione III, decreto n. 1553 del 30 marzo 2020, lett. c), d).

⁷⁰ B. CHENG, K. LIU, C. LU e M. ZHU, *International Cooperation for the Coronavirus Combat: Results, Lessons and Way Ahead*, Shanghai, 2020.

⁷¹ Ed è in questo senso che può intendersi la comunicazione, adottata mediaticamente come sintesi dalla Presidenza del consiglio dei ministri, di « restare a casa », intesa nella sua funzione di ammonimento alla cittadinanza sulla gravità dell'epidemia, nonché di appello all'osservanza di speciali ed urgenti misure sociali.

⁷² V. *supra*, nota 36.

⁷³ L'espressione è di F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova di dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 464.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

di criteri o indici rilevatori dell'elemento psicologico, soprattutto in fattispecie incriminatrici di particolare gravità.

Posta la ricostruzione dei rapporti tra contravvenzioni di nuova introduzione ed epidemia colposa, la diffusione di germi patogeni realizzata nell'inosservanza delle prescrizioni di cui al d.l. n. 19 del 2020, nonostante la piena rappresentazione del proprio *status* di contagiato e dell'evento epidemico operata dal decreto (che ha svolto, come detto, funzione di pieno « ammonimento »), potrebbe far ritenere che il fatto sia realizzato a titolo di dolo (eventuale), più che di colpa (cosciente) ⁷⁴.

In dottrina, infatti, si ritiene che l'« accettazione del rischio », spesso menzionata dalla giurisprudenza, sia un concetto insufficiente a diversificare dolo eventuale e colpa cosciente, essendo adattabile ad entrambi i coefficienti. È l'accettazione (della verifica) « dell'evento », per quanto incerto, che costituisce il vero elemento di qualificazione del dolo eventuale, purché la rappresentazione del fatto abbia per l'agente una consistenza tale da costituire un ammonimento a non realizzare la condotta ⁷⁵.

La questione pone due problemi applicativi: da un lato, l'individuazione del grado di probabilità di verifica che deve avere l'evento epidemico (o lesivo-mortale), di cui l'agente ha avuto rappresentazione; dall'altro lato, l'inquadramento della consapevolezza dello *status* di contagiato, in relazione all'accettazione dell'evento, che deve essere operato recuperando le massime di esperienza sviluppate dalla giurisprudenza nei casi di contagio da malattie infettive antecedenti alla *covid-19* (*i.e.* HIV).

Con riguardo al primo aspetto, è di tutta evidenza che il soggetto agente, destinatario delle prescrizioni contingibili ed urgenti di contenimento dell'emergenza sanitaria, sia in realtà completamente informato dell'evento diffusivo dell'epidemia e dell'incremento dei casi sul territorio nazionale, sicché egli disporrà di un elevato grado di rappresentazione dell'evento che, con la propria condotta inosservante, potrebbe concorrere a determinare o ad aggravare. Eventuali riduzioni del grado di

⁷⁴ È tenuto in debita considerazione l'autorevole orientamento che, per quanto minoritario, ritiene che il dolo eventuale sia incompatibile con il delitto di epidemia, S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, cit., p. 252. La questione sembra tuttavia inquadrabile nel più ampio dibattito di teoria generale, nel quale alcuni autori ritengono il dolo eventuale incompatibile talvolta con i delitti a condotta vincolata e talora con i delitti a dolo specifico.

⁷⁵ La ricostruzione in teoria generale è di D. PULITANO, *I confini del dolo*, cit., p. 31

probabilità sarebbero, al più, riconducibili ad atteggiamenti emotivi interni all'agente, come tali ininfluenti ai fini della vicenda epidemica ⁷⁶.

La consapevolezza dello *status* di contagiato da parte dell'agente, invece, oltre a costituire il presupposto dell'elemento psicologico *ex art.* 438 c.p., è l'elemento che può concorrere a trasporre l'elemento colposo, specifico e cosciente, punito a norma dell'art. 452, in quello doloso.

In tema di contagio di malattie infettive, infatti, la giurisprudenza di cassazione ha rilevato la sussistenza del dolo eventuale in presenza di tre indicatori essenziali: la consapevolezza della malattia infettiva che affligge il soggetto agente; la consapevolezza della possibilità contagio, per una o più vittime, attraverso una condotta diffusiva o trasmissiva dell'elemento patogeno; la consapevolezza del possibile, o probabile, esito letale della malattia ⁷⁷.

Dovrebbe infatti essere punito a titolo di dolo eventuale chi, consapevole del proprio *status* di contagiato, violando le prescrizioni normative di contenimento dell'emergenza sanitaria e nonostante la piena rappresentazione dell'evento e dei relativi « ammonimenti », comunque diffonda germi patogeni nella popolazione, cagionando le lesioni o la morte degli individui, ovvero concorrendo alla realizzazione o all'aggravamento dell'evento epidemico, pur non avendoli primariamente perseguiti: egli, infatti, opera una comparazione psichica interna tra l'interesse alla vita ed alla salute, individuale e pubblica, ed i propri interessi personali, ritenendo questi ultimi prevalenti e perseguendone l'affermazione a costo della lesione degli altrui beni giuridici ⁷⁸.

⁷⁶ Questo assunto richiama il tema del c.d. *wishful thinking*, ovvero « l'illusione o travisamento ottimismo della realtà o dei fatti [che] impedisca il formarsi di una previsione dell'evento altrimenti ragionevole », come definito in G. COCCO, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 10, 2011, p. 177. L'Autore richiama l'opera di Pulitanò, alla quale va aggiunto, senza pretesa di esaustività, quanto osservato sull'argomento in S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 47 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2001, p. 906 ss.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Indice penale*, vol. 13, 2010, 9 ss.

⁷⁷ Cassazione penale, sezione V, sentenza n. 44712 del 2008, in tema da contagio da HIV tramite rapporto sessuale non protetto.

⁷⁸ Volendo proseguire nel recupero delle costruzioni sviluppate per il contagio da altre malattie infettive, è il caso di chi, sapendosi affetto da HIV, abbia taciuto la propria condizione al *partner* continuando ad avere rapporti sessuali non protetti, avendo ritenuto prevalente il proprio interesse alla prosecuzione del rapporto sulla tutela della salute della vittima. In questo senso, Cassazione penale, sezione V, sentenza n. 38388 del 2012 con nota di K. KALAJA, *La responsabilità del coniuge nella trasmissione del virus HIV*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

Attraverso una valutazione da operarsi *in concreto*, gli elementi dell'accettazione dell'evento e della consapevolezza dello *status* di contagiato da una malattia infettiva altamente trasmissibile (qual è la *covid-19*) aprono margini di punibilità a titolo di dolo diretto nei casi più gravi ed eclatanti. È il caso, tristemente noto alla giurisprudenza, di chi, consapevole della propria infettività, sputi o tossisca all'indirizzo di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio (*i.e.* agente di pubblica sicurezza, medico o operatore sanitario ecc.), perché in tal caso la finalità lesiva o di contagio assume una valenza preponderante nell'azione realizzata, confinando in posizione servente ed accessoria gli obiettivi personali perseguiti dal reo (*i.e.* ostacolare o deviare la funzione del soggetto qualificato, come opporre resistenza o sfuggire all'arresto, saltare la fila nei presidi ospedalieri ecc.) che, in ogni caso, possono dar luogo a reati concorrenti ⁷⁹.

5. *L'elemento materiale dell'epidemia.* — La delimitazione dei mar-

693-700, nella quale si rappresenta che l'obiettivo primario dell'agente non era il contagio della vittima, bensì la conservazione del rapporto coniugale, perseguita tacendo lo *status* di infettato, continuando ad avere rapporti sessuali al fine di « non perdere » la consorte, ed accettando il rischio di contagio. Per la dottrina, si rinvia a S. CANESTRARI, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infezione HIV nell'orientamento del BGH*, in *Foro italiano*, IV, 1991, p. 148. S. CORBETTA, *Contagio da AIDS tramite rapporto sessuale non protetto: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2001, p. 1236; L. CORNACCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in AA.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998; M. FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi* (nota a Corte di assise di appello di Brescia, sentenza del 26.09.2000, *Lucini*), in *Foro italiano*, 2001, pp. 290-299; G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 1990, p. 1498; B. MAGLIONA, *Contagio da HIV/AIDS per via sessuale e intervento penale: alcuni spunti di riflessione medico-legale*, in *Diritto penale e processo*, 2000, pp. 1525-1533; L. MASERA, *Contagio da AIDS e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 1174-1183; M. MISTICÒ, *Sul contagio venereo da virus HIV* (nota a Cassazione penale, Sezione I, sentenza n. 30425 del 2001, *Lucini*), in *Cassazione penale*, 2004, pp. 515-527; K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier* (nota a Tribunale di Cremona, *Lucini*), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2001, p. 303 ss.

⁷⁹ *Inter alia*, i reati previsti e puniti dagli artt. 336-337, 340 c.p. ecc. Nella prassi giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha infatti ricostruito in termini di dolo diretto la condotta del tossicodipendente affetto da HIV che, consapevole dell'infettività della propria patologia, al momento dell'arresto, aveva sputato sangue infetto fuoriuscito da ferite auto-procurate all'indirizzo degli agenti di polizia che procedevano a perquisirlo, *cfr.* Cassazione penale, Sezione I, sentenza n. 9541 del 2000. Nella sentenza, la Corte osserva che: « quale persona consapevole di essere affetto da AIDS conclamata, era cosciente che la trasmissione del *virus* della malattia determinava il relativo contagio [...] di guisa che l'averne volontariamente causato detto contagio ha connotato la sua condotta con il dolo diretto ».

gini operativi del delitto di epidemia passa per la previa individuazione della condotta e dell'evento tipici.

Quanto al primo aspetto (par. 5.1), la lettera della norma ha ispirato un dibattito sulla natura — a forma libera o vincolata — della condotta tipica, sviluppatosi prima nella dottrina ed approdato oggi in seno alle sezioni semplici della Corte di cassazione. Le recenti attestazioni giurisprudenziali, che inquadrano l'epidemia come reato a forma libera e, di conseguenza, realizzabile anche con modalità omissive della condotta, sono a nostro avviso da sviluppare alla luce di quattro ordini di motivazioni (letterale, sistematica, valoristica e fenomenologica).

Viceversa, nell'analisi dell'evento epidemico (par. 5.2), saranno approfondite le ricostruzioni in chiave naturalistica e normativa dell'epidemia, dovendosi registrare le elaborazioni giurisprudenziali sui caratteri di diffusione, diffusibilità ed incontrollabilità che la connotano. Questi elementi saranno poi assunti a base della differenza materiale tra l'epidemia e: *a*) l'omicidio o le lesioni occorsi in forma plurima; *b*) l'epidemia atipica « per difetto », ossia il *cluster* epidemico (par. 5.2.1); *c*) l'epidemia connotata « per eccesso » diffusivo, cioè la pandemia (par. 5.2.2).

Infine, l'indagine si concentrerà sulla peculiarità del nesso causale tra azione ed evento epidemico, connotato dalla c.d. multifattorialità, che ne rende inconveniente l'accertamento (par. 5.3).

5.1. *I contrasti interpretativi sulla condotta di « diffusione di germi patogeni » e sulla realizzabilità mediante omissione, tra vincolatività e « nuova » libertà delle forme: quattro spunti di riflessione e auspicabilità di una rimessione del tema alle Sezioni Unite.* — Secondo il dettato normativo, l'epidemia è realizzata « mediante la diffusione di germi patogeni ».

Oltre ad aver ingenerato il dibattito sulla natura, unitaria o duale, del rapporto tra agente e mezzo patogeno (v. *supra* par. 2), la locuzione costituisce oggetto di diverse interpretazioni anche in tema di elemento materiale.

Secondo un certo indirizzo, largamente condiviso in dottrina, attraverso questa espressione il legislatore avrebbe inteso configurare un reato « a forma vincolata », dovendosi la condotta (commissiva) inverare nello spargimento o nella inoculazione di germi patogeni ⁸⁰: sono tali i microrganismi di qualsiasi specie (batterica, virale), anche non biologi-

⁸⁰ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 35.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

camente identificata, in grado di cagionare o trasmettere un morbo diffusibile ⁸¹.

Tuttavia, la giurisprudenza sembra oggi valorizzare un orientamento rimasto per anni minoritario, inquadrando l'epidemia come un delitto « causalmente orientato » o, per chi ne traccia la distinzione terminologica, « a forma libera ». Ciò in quanto la norma non vincola la modalità della condotta, ma seleziona il mezzo utilizzato in relazione all'evento penalmente rilevante ⁸².

La questione non è puramente dogmatica, in quanto dall'accoglimento dell'una o dell'altra ricostruzione deriva una diversa soluzione sulla configurabilità dell'epidemia realizzata mediante condotte omissive, di particolare attualità alla luce delle odierne modalità fenomeniche della *covid-19*.

In sostanziale accoglimento del primo orientamento, la sezione IV della Corte di cassazione (sentenza n. 9133 del 2018) ha ritenuto la condotta omissiva ontologicamente incompatibile con il delitto di epidemia, in quanto l'art. 438 c.p. sarebbe impostato su una condotta commissiva a forma vincolata, di per sé non relazionabile all'art. 40 co. 2 c.p., riferito invece alle fattispecie a forma libera, o che comunque non richiedano specifici requisiti modali per la loro realizzazione ⁸³.

⁸¹ D. CARCANO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 481. Ampia condivisione è operata in N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3947. L'Autore osserva, infatti: « nonostante siano numerose le questioni ancora aperte, almeno su un dato si registra una nozione condivisa, un orientamento consolidato e non controverso: il delitto di epidemia costituisce un reato "a forma vincolata", in quanto la condotta deve consistere in un particolare comportamento rappresentato dalla diffusione di germi patogeni ».

⁸² Tra i più autorevoli sostenitori della tesi, S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., anche come recensito da M. A. Bartolucci in *Diritto penale contemporaneo*, 17 febbraio 2015. Tra gli studi recenti, si segnala l'accoglimento dell'epidemia tra i delitti causalmente orientati, o a forma libera, in D. PULITANO, *Diritto penale: parte speciale*, p. 127. L'indirizzo che inquadra l'epidemia come fattispecie a forma libera è stato considerato da una certa giurisprudenza di legittimità « riduttivo » della portata interpretativa della norma, intesa in modo « pleonastico » o « tautologico » in relazione ad un elemento essenziale della struttura epidemica, cfr. Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018, p. 14. Dal punto di vista terminologico, l'espressione « reato causalmente orientato » è preferibile rispetto a quella che definisce il « reato a forma libera » alla luce di quanto osservato in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 126. L'Autore osserva: « l'espressione "a forma libera" è, in verità, almeno impropria, in quanto la condotta causalmente orientata è tipizzata in funzione della sua idoneità causale, che la vincola a precise leggi causali, ed è perciò sovente più determinata di qualsiasi altro modello descrittivo di condotta. E la causazione di un preciso evento naturalistico ha una funzione tipizzante sovente superiore a quella di certe fattispecie di mera condotta ». Il corsivo è aggiunto.

⁸³ Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018, p. 14.

In senso opposto, la sezione I della Corte di cassazione (sentenza n. 48014 del 2019) ha recentemente accolto la diversa ricostruzione ermeneutica secondo la quale la norma incriminatrice non opera una selezione delle condotte « diffuse » rilevanti, ma richiede invece, con espressione ampia, che l'agente cagioni un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, « senza individuare *in che modo debba avvenire questa diffusione* »⁸⁴. Alla luce di questa osservazione, l'art. 438 c.p. mancherebbe della clausola modale che connota i reati a forma vincolata e, pertanto, potrebbe conoscere la realizzazione tramite condotte omissive.

Pur trattandosi di passaggi non enunciati in via di principio nelle rispettive pronunce, la discrasia interpretativa tra i due orientamenti appare particolarmente rilevante, investendo peraltro un elemento essenziale del reato di epidemia. Per questa ragione, atteso il contrasto tra le due sezioni della Corte di cassazione, sarebbe auspicabile un intervento delle Sezioni Unite volto a chiarire: a) la configurazione dell'epidemia come delitto a forma vincolata o a forma libera; b) la realizzabilità della condotta diffusiva di germi patogeni anche mediante omissione⁸⁵.

In via propositiva, anche alla luce delle osservazioni operate in tema di c.d. *unitarietà* e soggetto attivo, di plurioffensività dell'evento e di « sequenzialità discendente » della colpa in ambito medico-sanitario, l'attuale emergenza epidemiologica della *covid-19* impone una nuova considerazione anche dell'elemento materiale dell'art. 438 c.p., da inten-

⁸⁴ Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 2019, p. 10. Il corsivo è aggiunto.

⁸⁵ Per il dibattito che ha, invece, interessato la dottrina, si segnala: a sostegno della tesi che inquadra l'epidemia come delitto a forma vincolata, S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, cit., p. 251; aderisce, in sostanza, A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 206, secondo il quale: « se, da un lato, è indifferente il *modo* in cui avviene la diffusione, dall'altro, non può trascurarsi il fatto che l'evento deve pur sempre essere cagionato attraverso una specifica e particolare *modalità* ». Il corsivo è aggiunto. Dello stesso avviso, N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3947, secondo il quale la configurazione dell'epidemia come delitto a forma vincolata sarebbe affermazione condivisa, e addirittura non controversa: « una volta che tale diffusione sia avvenuta, sono molteplici le forze che possono averla cagionata: spargimento di germi in terra, in acqua, in aria, in ambienti chiusi, o aperti, quanto ancora messa in circolazione di agenti portatori di germi, quali animali, piante, persone, indumenti, cibi infetti. D'altro canto, a tale proposito bisogna immediatamente specificare come non sia detto affatto che il diffondere germi patogeni integri il delitto nella sua forma consumata o in quella tentata ». Viceversa, a sostegno della tesi che imposta l'epidemia come delitto a forma libera, ovvero causalmente orientato, S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 93 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 394 ss.; Per l'espressa ammissione della realizzabilità della condotta in forma omissiva, v. anche D. CARCANO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 480.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

dersi in forma libera (e quindi aperto alla realizzazione con condotta omissiva), in senso più conforme alla realtà fattuale.

Questa ricostruzione è, a nostro avviso, sorretta da quattro ordini di valutazione, che investono: il dato letterale; il quadro sistematico; il livello di intangibilità del bene giuridico tutelato; il mutato contesto epidemiologico rispetto a quello esistente all'introduzione dell'art. 438 c.p.

Il dato letterale, appena accennato dalle pronunce giurisprudenziali, ha in realtà una sua propria rilevanza in quanto, come notato, la norma si limita a inquadrare la condotta nella diffusione di germi patogeni, senza prescrivere (tramite l'apposizione di « vincoli ») le modalità con cui essa debba occorrere ⁸⁶.

Il quadro sistematico è poi ulteriormente rilevante: insieme all'epidemia, sono numerosi gli altri delitti contro la pubblica incolumità impostati come fattispecie a forma libera, o causalmente orientata (*i.e.* inondazione, frana o valanga; naufragio, sommersione o disastro aviatorio; incendio; strage con morte di una o più persone; avvelenamento o corrompimento di acque o sostanze destinate all'alimentazione; corrompimento di sostanze alimentari) e ciò alla luce della particolare rilevanza dei beni giuridici vulnerati ⁸⁷.

Ne deriva l'inquadrabilità dell'epidemia come fattispecie a forma libera, e non a forma vincolata, anche in ragione dell'« intangibilità » ed « indisponibilità » del bene giuridico tutelato: come osservato in dottrina, infatti, la scelta tra l'una e l'altra tecnica di tutela dipende dal grado di « intangibilità », dalla natura e dalla rilevanza, del bene giuridico pro-

⁸⁶ In S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 93 ss., l'Autore esclude che l'elemento tipologico impiegato dal legislatore integri una clausola modale della condotta. Si tratterebbe, invece, di una clausola atta a circoscrivere la tipicità dell'evento: l'epidemia penalmente rilevante sarebbe solo quella che attiene alle malattie infettive, provocate dalla « diffusione di germi patogeni ». Ciò concorrerebbe a inquadrare l'epidemia come un *reato d'evento a mezzo vincolato* (e non a condotta vincolata), con ricadute significative in tema di obblighi di garanzia e di impedimento dell'evento e, pertanto, di ammissibilità della condotta in forma omissiva. Nello stesso senso, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 394 ss., secondo il quale il delitto di epidemia « può concretarsi pure mediante omissioni, anche fuori del caso preveduto dall'art. 40 capov. (es.: lasciar libera la causa che determina la diffusione dei germi patogeni) ». Per una tipizzazione delle condotte omissive, A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 213: liberazione o mancato controllo di animali infetti (c.d. gestione *in vivo* dell'agente patogeno); messa in circolazione di altri portatori di germi (c.d. *bomba umana*). Queste condotte possono occorrere in ambito medico-sanitario, attivando forme di responsabilità da posizione di garanzia, per le quali si v. *supra*, par. 4.2.1.

⁸⁷ D. PULITANO, *Diritto penale: parte speciale*, p. 127.

tetto. A « paradigmatica condotta libera » devono intendersi i delitti che ledono i beni personalissimi quali la vita e l'incolumità, individuale e — come nel caso dell'epidemia — collettiva: l'intangibilità di detti beni è massima e la tipizzazione delle condotte lesive sarebbe inutile, ove non impossibile ⁸⁸.

Infine, l'odierno contesto epidemiologico pare rendere opportuna la configurazione dell'epidemia come delitto a condotta libera: diversamente, a nostro avviso, il campo omissivo della condotta e le posizioni di garanzia assunte in ambito sanitario resterebbero in buona parte prive di copertura generalpreventiva. Basti pensare che, nei casi di contagio da agenti patogeni determinati da condotte omissive realizzate nell'attività medico-sanitaria, dovrebbe farsi continuo ricorso ai reati di omicidio e lesioni plurimi (anche *ex art. 590-sexies c.p.*) che, com'è noto, tutelano l'incolumità individuale, lasciando — paradossalmente — sguarnito di tutela, proprio nell'ambito della medicina e della scienza, il bene giuridico della salute pubblica.

218 | Ciò sembrerebbe contrastare non solo con la realtà epidemiologica ma, per quanto poco attuale, con la stessa *intentio* del legislatore che, nel 1930, ritenne proprio lo « sviluppo della scienza » (la funzione medica, la ricerca scientifica ai più alti livelli) un'attività da monitorare, in quanto foriera di potenziali condotte criminose, tali da giustificare l'adozione dell'art. 438 c.p. ⁸⁹.

5.2. *L'evento di epidemia tra concezione naturalistica e normativa: diffusione, diffusibilità ed incontrollabilità del contagio.* — L'art. 438 c.p. punisce « chiunque cagioni un'epidemia ». Lo sviluppo della nozione di « epidemia » ha risentito, negli anni, del dibattito sulla concezione, normativa e naturalistica, dell'evento ⁹⁰.

⁸⁸ La ricostruzione in teoria generale, particolarmente illuminante, è di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 126. Il concetto di « indisponibilità » del bene giuridico tutelato è invece sviluppato in relazione ai reati a forma libera in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I: i delitti contro la persona*, Padova, 2013, p. 98, in tema di omicidio.

⁸⁹ Per i più recenti studi sul rapporto tra responsabilità penale e attività medica e scientifica, si v. F. CEMBRANI, *Irresponsabilità penale del medico e qualità metodologica del sapere scientifico codificato*, in *Rivista di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 2, 2019, p. 645 ss.

⁹⁰ Per il quale si v., in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 133-135; si v. anche F. ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 1938; D. SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enciclopedia del diritto*, 1967, p. 118 ss.; F. STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, Milano, 1970.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

La più recente giurisprudenza (Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018) si è occupata di ricostruire gli indirizzi interpretativi al fine di elaborare una definizione unitaria dell'evento tipizzato dalla norma incriminatrice.

In tal senso, è stato osservato che il termine « epidemia » indica, in chiave naturalistica, la malattia contagiosa che colpisce contemporaneamente gli abitanti di una città o di una regione. La scienza medica, pertanto, include nella nozione « ogni malattia infettiva o contagiosa suscettibile, per la propagazione dei suoi germi patogeni, di una rapida ed imponente manifestazione in un medesimo contesto e in un dato territorio, colpendo un numero di persone tale da destare un notevole allarme sociale e un correlativo pericolo per un numero indeterminato di individui »⁹¹.

La concezione giuridica (o normativa) dell'evento epidemico è, invece, più ristretta e circoscritta rispetto alla nozione medica (o naturalistica), in quanto il legislatore ha inteso sanzionare non tutte le epidemie, ma solo quelle derivanti dalla diffusione di germi patogeni⁹².

La giurisprudenza (Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 2019) ha accolto i contributi sull'elaborazione dell'epidemia in senso normativo forniti negli anni dalla dottrina, dalla giurisprudenza di merito e, in seguito, dalle Sezioni Unite civili della suprema corte, che ne hanno individuato i tre connotati essenziali: diffusione (parametrata alla rapidità del contagio), diffusibilità (valutata in base alla trasmissibilità della patologia infettiva), incontrollabilità (che attiene all'estensione del morbo sul territorio)⁹³. In tal senso, l'epidemia è definita nella sua spiccata tendenza a diffondersi, nello stesso tempo e luogo, nei confronti di una moltitudine di soggetti e recando con sé la capacità di propagarsi presso una porzione ancora più vasta di popolazione⁹⁴.

⁹¹ Come confermerebbe il dato etimologico richiamato dalla giurisprudenza (dal greco, *epi demos*, letteralmente « sul popolo », e cioè « esteso sul popolo »), cfr. Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018, par. 2.1.

⁹² Per un'ampia disamina della concezione normativa dell'epidemia, si v. A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 214.

⁹³ V. anche Tribunale di Bolzano, sentenza del 13 marzo 1979, in *Giurisprudenza di merito*, cit., p. 945 ss., che ha escluso la configurazione del reato ove la malattia si fosse epidemiologicamente esaurita nell'ambito di una struttura ospedaliera; cfr. Cassazione civile, sezioni Unite, sentenza n. 576 del 2008.

⁹⁴ Per la dottrina, si v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 36, secondo il quale « l'epidemia [...] è la manifestazione collettiva di una malattia che si diffonde rapidamente in uno stesso contesto di tempo in un dato territorio colpendo un rilevante numero di persone e si estingue dopo una durata più o meno lunga. Tale è, ad es., il colera, la peste, il vaiuolo, la febbre gialla, la difterite, il tifo, la scarlattina ecc. ». Si v. anche N. STOLFI, *Brevi note sul reato*

5.2.1. Segue. *L'evento atipico per difetto dell'elemento quantitativo e diffusivo: la non punibilità ex art. 438 c.p. del cluster epidemico e l'intervento dei delitti di lesione e omicidio plurimi (anche in ambito sanitario).* — L'elaborazione dell'evento in senso normativo nell'art. 438 c.p. consente tutt'oggi di tracciare la distinzione tra l'epidemia e i *cluster* (o focolai) epidemici, che, in ragione della ristretta diffusione e della mancanza di propagazione esterna, non rientrano nell'ambito operativo della norma incriminatrice⁹⁵, richiedendo l'intervento di altre ipotesi di reato, tra cui l'omicidio e le lesioni personali, anche in forma plurima, colposa o occorsa in ambito sanitario (*ex art. 590-sexies c.p.*)⁹⁶.

Dette fattispecie divergono dall'epidemia (aggravata dall'eventomorte *ex art. 438 co. 2 c.p.*) in quanto, nelle lesioni e negli omicidi plurimi, il numero delle vittime, per quanto cospicuo, è comunque determinato. Diversamente, nell'epidemia *ex artt. 438 co. 2 e 452 c.p.*, il numero di vittime è ingente, pressoché indeterminato, esteso fenomenologicamente eppure contenuto nei tempi di verificaione⁹⁷.

La distinzione sulla base dato epidemiologico sembrerebbe, peraltro, coerente con quella tra beni giuridici tutelati, essendo l'omicidio e le

di epidemia, cit., p. 3946, secondo il quale l'epidemia è « una particolare malattia infettiva che, sviluppatasi in maniera più o meno brusca (più o meno rapidamente), per cause che *non siano abituali*, costanti o periodiche, colpisce gruppi rilevanti di popolazione per poi attenuarsi dopo aver compiuto il suo corso ». Il corsivo è aggiunto e mira a sottolineare il carattere di *non abitualità* dell'epidemia, che condorre a differenziarla dalla c.d. *endemia*, che trae origine da cause abituali, costanti, periodiche, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 36; per la giurisprudenza di merito, Tribunale di Verona, sentenza del 29 luglio del 1957 *De Beni*, riportata in *Archivio penale*, fasc. 2, 1958, p. 432 ss., secondo la quale la differenza tra endemia ed epidemia starebbe nel fatto che quest'ultima è suscettibile di una rapida ed imponente manifestazione nella popolazione.

⁹⁵ Secondo la giurisprudenza, il *cluster* epidemico è l'aggregazione di casi di infezione, collegati tra loro in contesto spazio-temporale, generata dalla condotta di contagio dell'agente ma che non equivale all'epidemia normativamente intesa, in ragione del diverso dato quantitativo che è, in questo caso, circoscritto, cfr. Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 2019, par. 5.1, pp. 9-10; come brillantemente osservato dalla giurisprudenza di merito, riportata dalla dottrina più attenta, « tra focolaio epidemico [...] e epidemia intercorre la medesima relazione, e quindi la medesima differenza sostanziale, che intercorre tra "focolaio" di incendio e incendio in senso tecnico giuridico », così Tribunale di Bolzano, sentenza del 13 marzo 1979, in *Giurisprudenza di merito*, cit., p. 947 ss.; riportata anche in A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 216.

⁹⁶ Per un'analisi approfondita della fattispecie si rinvia, per esigenze di sintesi, a M. CAPUTO, *Il parere del penalista. Le "sabbie mobili" dell'imperizia e la "viscosità" dell'art. 590-sexies c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 1, 2019, p. 444 e ss.

⁹⁷ In tal senso si vedano le osservazioni rassegnate da Cassazione penale, sezione I, sentenza n. 48014 del 2019.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

lesioni pur sempre incriminati da norme poste a presidio dell'incolumità individuale (anche in forma plurima), mentre gli artt. 438 e 452 c.p. tutelano, *inter alia*, l'incolumità nella sua dimensione collettiva e la salute pubblica.

Tanto premesso, la dottrina ha sollevato talvolta la necessità di elaborare un limite quantitativo in grado di delimitare, in conseguenza di una condotta di contagio letale di più persone, gli eventi di omicidio o lesione plurimi da quello di epidemia⁹⁸. Posta l'inservibilità di limiti numerici precostituiti, e la necessità di una valutazione in concreto, il rapporto tra le fattispecie è tracciabile: *a)* sulla base dei citati caratteri di diffusione, diffusività e incontrollabilità, che connotano la sola epidemia; *b)* alla luce della diversa oggettività giuridica tutelata; *c)* per il carattere dell'epidemia che, secondo le più recenti ricostruzioni giurisprudenziali, è ad un tempo delitto di evento e di pericolo.

Componendo un risalente dibattito dottrinale, la giurisprudenza ha infatti da ultimo affermato che la materialità del delitto di epidemia ha una duplice struttura, costituita: da un evento di danno, integrato dalla manifestazione presso un certo numero di persone di una malattia cagionata dalla diffusione di germi patogeni; da un evento di pericolo, rappresentato dall'ulteriore propagazione della malattia per la capacità degli agenti patogeni di aggredire altri individui anche senza l'intervento del primo contagiato⁹⁹.

5.2.2. Segue. « *Le pandemie non rispettano confini* »: *l'evento epidemico di rilevanza globale. La responsabilità degli stati e delle agenzie specializzate (OMS), nella gestione del rischio sanitario e nella tutela dell'ordine internazionale, alla luce dell'emergenza da covid-19.* — La

⁹⁸ Tra gli autori che hanno dato maggiore spazio all'indagine del dato quantitativo come *discrimen* dell'evento omicida da quello mortale, soprattutto al fine di delimitare l'ambito operativo degli istituti della consumazione, della permanenza e del tentativo, si segnala N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3948.

⁹⁹ Cassazione penale, sezione IV, sentenza n. 9133 del 2018, par. 2.2, p. 14. Per il dibattito dottrinale, si v. la ricostruzione operata in N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., p. 3948 e in A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 207. Per la ricostruzione dell'epidemia in termini di evento di danno concreto per la salute pubblica, si v. A. LAI, voce *Incolumità pubblica*, cit., p. 14. In C. ERRA, voce *Epidemia*, cit., p. 46, si afferma che « l'epidemia è un reato di danno, poiché la lesione dell'interesse tutelato si determina col fatto dell'avvenuta epidemia. L'ulteriore capacità espansiva e diffusiva [...] dà luogo ad un pericolo [che] costituisce peraltro un effetto del reato già verificatosi ». Per la ricostruzione dell'epidemia come reato di danno e di pericolo presunto ad un tempo, si v. A. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 209.

drammatica proliferazione sul territorio italiano della *covid-19* ha rappresentato all'ordinamento italiano le implicazioni, non solo interne ma anche internazionali, derivanti da un evento epidemico che, in quanto connotato da elementi di diffusività, diffusibilità ed incontrollabilità di rilievo globale, è stato qualificato dall'OMS come « pandemia »¹⁰⁰.

Nel rispetto del campo di indagine di questo lavoro, non si può non considerare che le dimensioni e la gravità dell'evento epidemico da *covid-19* costituiscano una prova del tutto nuova ed impegnativa per l'organizzazione dello stato. Sebbene la nuova classificazione come « pandemia » non abbia comportato cambiamenti sostanziali negli obblighi di precauzione e di garanzia che gli individui sono chiamati ad osservare, essa ha tuttavia determinato l'ingresso di nuovi soggetti nella gestione dell'emergenza sanitaria globale, tra cui gli stati, le organizzazioni internazionali e le agenzie specializzate. L'allargamento degli attori si giustifica con la connotazione lesiva dell'evento, non più limitata agli interessi — comunque centrali — tutelati dal diritto interno, ma estesa agli interessi del c.d. « ordine internazionale »¹⁰¹.

Per questa ragione, proprio nelle ore che hanno accompagnato l'evolversi della pandemia su scala mondiale, la comunità internazionale ha iniziato ad interrogarsi sulla necessità di configurare posizioni di

222

¹⁰⁰ In data 11 marzo 2020, per il tramite del direttore generale, l'OMS ha comunicato la qualificazione della *covid-19* come pandemia, osservando: « *pandemic is not a word to use lightly or carelessly*. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death. Describing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do. We have never before seen a pandemic sparked by a coronavirus. This is the first pandemic caused by a coronavirus. And we have never before seen a pandemic that can be controlled, at the same time ». Il testo è disponibile all'indirizzo www.who.int/dg/speeches.

¹⁰¹ L'espressione è elaborata dalla più illustre dottrina internazionalistica, che da anni l'ha sviluppata attraverso la c.d. *internazionalizzazione di ambiti*, come nel caso della salute mondiale, e con la responsabilizzazione dei nuovi soggetti della realtà internazionale, *cfr.* E. GIRAUD, *De la valeur et des rapports des notions de droit et de politique dans l'ordre international*, in *Revue général de droit international public*, vol. 29, 1922, p. 473 ss. Si v. inoltre B. CONFORTI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 212, 1988; G. GAJA, *Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial. A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des Etats*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, p. 297 ss.; C. KAMINSKY e S. KRUK, *Le nouvel ordre international*, Paris, 1994; R. KOLB, *Mondialisation et droit international*, in *Relations internationales*, n. 3, 2005, p. 69-86; M. TORRELLI, *La dimension humanitaire de la sécurité internationale*, in AA. VV., *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial (Colloque de l'Académie de droit international de La Haye, 1992)*, Dordrecht, 1993, p. 169 ss.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

garanzia in capo ai predetti soggetti nella gestione dell'emergenza sanitaria, delineandone i margini di responsabilità.

In questo senso, le proposte più attuali segnalano, sul versante delle agenzie specializzate, la necessità di una riforma in tema di controlli e di responsabilità nel quadro dell'OMS per la gestione delle emergenze mondiali¹⁰². Per ciò che attiene, invece, all'attività degli stati nel contrasto e nel contenimento delle pandemie, sono prospettati margini di responsabilità in tre ambiti ordinamentali: nei casi di violazione di norme internazionali civili e commerciali (particolarmente sollecitate dalla diffusione della *covid-19*)¹⁰³; nelle ipotesi di inosservanza degli strumenti di tutela dei diritti umani¹⁰⁴; nelle condotte di gestione colposa del rischio sanitario in ambito amministrativistico¹⁰⁵.

5.3. *Multifattorialità, web of causation e prevalenza della realtà sulla regola nell'accertamento del nesso eziologico: l'epidemia «doveva» verificarsi a prescindere dal singolo contributo causale? — L'accertamento*

¹⁰² M. ECCLESTON-TURNER e S. MCARDLE, *Accountability, International Law, and the World Health Organization: A Need for Reform?*, in *Global Health Governance*, vol. IX, n. 1, 2017.

¹⁰³ F. PADDEU e F. JEPHCOTT, *Covid-19 and Defences in the Law State Responsibility: Part I*, in *EJIL: Talk!*, 17 marzo 2020, disponibile all'indirizzo www.ejiltalk.org. In particolare, si osserva che: « [i]t is not farfetched to think that the outbreak, and the measures put in place by States to address it, may also affect relations regulated by public international law. An obvious example are obligations under foreign investment law. Quarantine measures could severely delay foreign investment projects, possibly at considerable cost to those investors, and engage, for example, the obligation to afford fair and equitable treatment to foreign investors. Likewise, travel bans may affect obligations under bilateral civil aviation agreements, as well as the provisions on non-discrimination on the basis of nationality contained in the Chicago Convention on International Civil Aviation. Isolation measures, quarantines, and cancellation of mass events encroach on individual liberties, including the rights to freedom of movement and freedom of assembly under human rights law ».

¹⁰⁴ R. MARTIN, A. CONSEIL, A. LONGSTAFF, J. KODO, J. SIEGERT, A. DUGUET, P. LOBATO DE FARIA, G. HARINGHUIZEN, J. ESPIN e R. COKER, *Pandemic Influenza Control in Europe and the Constraints Resulting from Incoherent Public Health Laws*, in *BMC Public Health*, n. 10, 2010, p. 532;

¹⁰⁵ Per le quali si v. M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 1, 2006, p. 1. L'Autore osserva: « [i]l diritto amministrativo dell'emergenza, inteso come il complesso degli istituti giuridici utilizzati dalla pubblica amministrazione in situazioni di necessità, straordinarietà od urgenza, ha nella sanità e nel connesso settore dell'igiene pubblica uno dei campi di tradizionale e più diffusa applicazione. Situazioni di emergenza sanitaria o di igiene pubblica — quali epidemie, pandemie e catastrofi sanitarie — sono infatti da sempre ricorrenti e diffuse, sì da richiedere speciali misure alle pubbliche amministrazioni preposte alla cura delle funzioni di protezione della salute umana e delle condizioni di salubrità collettiva ».

della contribuzione causale alla realizzazione del delitto di epidemia è il vero banco di prova della responsabilità individuale da contagio: come si dirà, nei casi — più frequenti ed attuali — di epidemia aggravata dalla morte di più persone (artt. 438 co. 2 e 452 c.p.), occorre una doppia verifica eziologica volta ad attestare che la condotta di diffusione di germi patogeni: a) abbia cagionato, o quanto meno concorso a cagionare, l'evento epidemico; b) abbia determinato, o concorso a determinare, la morte dell'infettato, prevalendo su eventuali patologie pregresse ovvero accelerandone il decorso clinico.

Ad oggi, è largamente diffuso il criterio secondo il quale l'azione è causa dell'evento quando, per la migliore scienza ed esperienza del momento storico, l'evento è conseguenza « certa o altamente probabile » dell'azione, nel senso che non si sarebbe verificato (con certezza o con alta probabilità) se il soggetto si fosse astenuto dall'agire, adoperando nella valutazione leggi scientifiche di carattere generale che possano decretare il grado di « probabilità relativa » di verificazione dell'evento (c.d. *causalità scientifica*)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Sul tema della causalità e sulle relative speculazioni dottrinali, si rinvia, per esigenze di sintesi, a E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1999, in particolare pp. 404-405. L'Autore offre un contributo importante all'argomento, indicando le condizioni alle quali l'epidemiologia può costituire un valente ausilio alla individuazione del nesso causale: la necessaria disponibilità di una base scientifica preesistente, stante la natura « olistica » dell'epidemiologia e della « rete di condizioni » che la connota; il rispetto dei requisiti del metodo sperimentale; si v. inoltre F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; P. ASTORINA MARINO, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico criminale dei limiti del diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 2, 2017, p. 447 ss.; F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità, nota a Cass. 28 novembre 2000*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 2001, in particolare p. 289 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento, nota a Cass. SS.UU., 10 luglio 2002*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 50 e ss.; E. DOLCINI, G. MARINUCCI e G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 225 ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 1989, p. 588 e ss.; ID., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, 1999, p. 32 e ss.; G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Digesto penale*, Torino, 1988, p. 119 e ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 222 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 139 e ss.; M. SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, 1968, p. 639 ss.; specificatamente sulla cd. « teoria condizionale », v. P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; sugli « aspetti logici e normativi della causalità nel diritto penale », si v. infine A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società - scritti 1956-2008*, vol. 2, Milano, 2009, p. 745.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

Tuttavia, nell'attività medico-sanitaria, è stata anche segnalata l'inservibilità di formule giuridiche universalmente valide, in un ambito — quale il decorso epidemico e mortale — in cui le incertezze predittive sono spesso più frequenti delle regole esatte. Per questa ragione, pur tenendo in considerazione le prescrizioni giurisprudenziali sulla valutazione del nesso causale in sede medico-sanitaria¹⁰⁷, la disamina del contributo eziologico nell'epidemia dovrebbe valorizzare il ruolo del fatto rispetto a quello del diritto (o la prevalenza della realtà sulla regola)¹⁰⁸.

Come sembrerebbe testimoniare la diffusione in Italia della *covid-19*, l'interazione di plurimi fattori causali, di matrice umana e naturale (*i.e.* globalizzazione demografica, igiene, informazione, responsabilità individuali da contagio in ambito medico-sanitario, condotte comuni di inosservanza della legislazione contingibile, responsabilità degli stati e delle agenzie specializzate ecc.) nella realizzazione dell'evento epidemico e mortale richiama la costruzione scientifica della c.d. « rete causale » (*web of causation*)¹⁰⁹, rispetto alla quale si pone un quesito di fondo: prescindendo dalle condotte individuali, l'evento di diffusione di una malattia

225

¹⁰⁷ Cassazione penale, Sezioni Unite, sentenza n. 30328 del 2002 (*Franzese*).

¹⁰⁸ Per una più ampia disamina dell'osservazione del decorso causale in ambito sanitario, e per un approfondimento delle costruzioni richiamate, si v. O. DI GIOVINE, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fasc. 1, 2016, p. 40 e ss. In particolare, l'Autrice osserva che: « non si può certo raggiungere lo stesso standard probatorio quando ci si confronta con eventi quali il crollo di un ponte o il cedimento di una diga (in cui vengono in gioco spiegazioni al livello di fisica e di meccanica in particolare) e quando si abbia invece a che fare con ambiti dominati della biologia, come accade in medicina, dove le incertezze predittive tendenzialmente sono molto maggiori ». In questo senso, è richiamata la produzione scientifica di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2001.

¹⁰⁹ N. KRIEGER, *Epidemiology and the Web of Causation: Has Anyone Seen the Spider?*, in *Social Science & Medicine*, vol. 39, 1994, pp. 887 ss.; P. THAGARD, *Explaining Disease: Causes, Correlations, and Mechanisms*, in *Mind and Machines*, n. 8, 1998, p. 61 ss.; per le altre scienze mediche, si v. A. VENTRIGLIO, A. BELLOMO e D. BHUGRA, *Web of causation and its implications for epidemiological research*, in *International Journal of Social Psychiatry*, vol. 62(I) 3-4, 2016, p. 3 ss. In M. WERMRELL, J. MERLO, S. MULINARI e A.C. HORNBERG, *Contemporary Epidemiology: A Review of Critical Discussions within the Discipline and A Call for Further Dialogue with Social Theory*, in *Sociology Compass*, n. 10/2, 2016, pp. 154, gli Autori osservano: « epidemiologists strive to 'describe, explain, predict and control' disease (Moon *et al.* 2000, 5). As major causes of mortality in western countries shifted from infectious to chronic illnesses around the mid 20th century, modern epidemiology developed in conjunction with a multifactorial model of disease aetiology. Specific, often bacterial — or virus — oriented, models adhering to infectious diseases were thus supplanted with the assumption that a range of influences or risk factors, metaphorically envisioned as a *web of causation*, contributes to disease development ». Il corsivo è aggiunto.

infettiva a carattere pandemico si sarebbe ugualmente potuto — o dovuto — verificare? Se sì, ciò sarebbe dovuto accadere con la stessa portata epidemiologica, spaziale e temporale?

La peculiarità del « fatto » pandemico, per la sua intrinseca e dirompente capacità di travalicare anche le forme di contenimento più efficienti, necessita pertanto di una doppia verifica eziologica in relazione alla responsabilità individuale da contagio: l'una inerente alla contribuzione causale della condotta diffusiva nell'ambito del decorso epidemico; l'altra avente ad oggetto la contribuzione causale del morbo all'evento letale, in presenza di un quadro patologico preesistente nella popolazione.

La prima verifica, inerente alla contribuzione causale della condotta di diffusione di germi patogeni nella produzione dell'evento, impone di accertare — a prescindere dal metodo selezionato: naturale, umano, adeguato, scientifico ecc. — in che termini essa si sia inserita nella « rete causale » che connota la proliferazione epidemica. A nostro avviso, ad una maggiore ristrettezza della rete causale (*i.e.* malattia infettiva circoscritta alla cerchia degli *infettati primari* o di limitati *cluster* epidemici) dovrebbe corrispondere una maggiore incidenza della contribuzione materiale sulla realizzazione dell'evento, in quanto, come osservato in precedenza (v. *supra*, par. 4.2.1), è in questa fase che si concentra buona parte dell'evitabilità o della riducibilità dell'evento dannoso o pericoloso.

Il secondo grado di verifica eziologica, attestata la contribuzione materiale alla realizzazione dell'evento epidemico (*i.e.* l'uomo di scienza che, con la propria condotta, determini la fuoriuscita dell'agente patogeno dalla cerchia degli *infettati primari* con conseguente diffusione nella popolazione) impone invece di confermare la prevalenza causale del contagio rispetto alle eventuali concause che concorrono all'evento mortale (*i.e.* patologie pregresse ed autonome nella popolazione contagiata, come, a titolo esemplificativo, testimonia l'attuale difficoltà di distinguere i casi di decesso « con » *covid-19* dalle morti determinate « da » *covid-19*).

6. *Conclusioni. Prospettive di riconduzione della « realtà normativa » alla « realtà fattuale » dell'epidemia ex artt. 438 e 452 c.p. alla luce della crisi sanitaria globale da covid-19: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility (CBDR).* — La « globalizzazione » delle malattie infettive, drammatica-

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

mente attuale in ragione della diffusione pandemica della *covid-19*, ha posto all'attenzione dell'interprete l'indagine sulla « realtà normativa » proposta dagli artt. 438 e 452 c.p., al fine di verificare se, e in che termini, essa possa ritenersi — come fino ad oggi intesa — adeguata e conforme agli odierni dati epidemiologici e, dunque, alla « realtà fattuale » ¹¹⁰.

Alla luce delle considerazioni che precedono, è emersa l'esigenza di un nuovo inquadramento di alcuni profili inerenti al delitto di epidemia (in particolare, il novero dei soggetti attivi; la modulazione degli stadi colposi; la libertà delle forme ecc.) al fine di ricondurre ad unità la « realtà normativa » e le attuali modalità fenomeniche.

Tuttavia, l'indagine ha anche messo in luce alcuni aspetti non valutabili in via prenormativa ed aprioristica, che non si prestano a soluzioni unitarie e che sono, perciò, ancora lontani da una pacifica definizione: è il caso dell'inquadramento della responsabilità individuale da contagio in relazione alla *web of causation* e, in particolare, alla sua collocazione rispetto alle forme (anche omissive) di responsabilità statale nella gestione delle emergenze sanitarie (v. *supra*, par. 5.2.2).

Tirando le fila del discorso, ed originando dai dati più evidenti emersi dall'indagine, l'inclusione della globalizzazione « demografica » tra i principali *input* delle epidemie impone la configurabilità della responsabilità da contagio in capo ai singoli individui, anche al di fuori dell'ambito medico-sanitario, che costituiscono il soggetto principale delle attività demografiche di trasporto, migrazione ed urbanizzazione.

A differenza di altre fattispecie incriminatrici, che non hanno conosciuto nel tempo particolari sfalsamenti tra la realtà normativa e la realtà fenomenica ¹¹¹, il delitto di epidemia è profondamente cambiato nelle

¹¹⁰ La contrapposizione, qui sviluppata, tra « realtà normativa » e « realtà fattuale » richiama gli ammonimenti sul pericolo di verificaione, negli ordinamenti ispirati unicamente a legalità formale, di fratture tra gli elementi di « criminalità legale » e quelli di « criminalità reale », come operati in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 9.

¹¹¹ Si pensi, ad esempio, al delitto di omicidio, che dal punto di vista degli elementi naturalistici conosce modalità attuative e fenomeniche pressoché invariate nei secoli: *i.e.*, morte cagionata tramite lesioni da corpo contundente, da grandi traumatismi, da arma da fuoco o da taglio, da venefici ed introduzioni tossicologiche ecc. Il campo dell'osservazione è tuttavia limitato alla criminalità regolata dal diritto penale interno (art. 575 c.p.) e non è esteso alle forme di omicidio, anche plurimo o di massa, occorse in contesti bellici su obiettivi tanto civili quanto militari, attratte alla disciplina del diritto internazionale penale ed interessate, invece, da una sistematica evoluzione delle modalità fenomeniche, correlate alla costante introduzione di nuove tecnologie a scopi militari (*i.e.* armi energetiche, armi nucleari, armi batteriologiche ecc.), cfr. P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Torino, 2014, p. 35 ss. per le classificazioni in ambito civile; p. 452 ss. per le considerazioni in ambito bellico. Per ciò che

sue modalità di verifica rispetto a quelle intese (e perseguite) dal legislatore del 1930 e dalle interpretazioni fino ad oggi elaborate: in questo senso, la drammatica diffusione della *covid-19* in Italia ha chiaramente indicato come l'esegesi finora offerta dell'art. 452 c.p. fosse eccessivamente restrittiva e, dunque, inadatta a fornire copertura generalpreventiva ad un evento che — come ora appare innegabile — può derivare, dal punto di vista naturalistico, tanto da fattori demografici quanto da errori nella gestione del rischio sanitario.

Ciò comporta diverse conseguenze nell'approccio da adottare agli elementi essenziali del reato.

In primo luogo, appare opportuno un ripristino del novero dei soggetti attivi del reato, non più limitato in via interpretativa a chi « possieda » germi patogeni nello svolgimento di un'attività a carattere scientifico, ma esteso a chiunque possa determinare la condotta tipica di diffusione del morbo, anche costituendone il vettore. Tale impostazione, peraltro più coerente con la lettera della disposizione incriminatrice, consente un raccordo tra realtà normativa e realtà fattuale, tramite la previsione di una responsabilità individuale da contagio non solo in capo a chi operi in ambito medico-sanitario, ma anche in capo ai soggetti « comuni » che partecipino ai fenomeni demografici globali e che sono, perciò, sempre più spesso chiamati ad osservare regole di prudenza, generali o *extra ordinem*, di contenimento del rischio sanitario (v. *supra*,

attiene al diritto internazionale penale, nella letteratura — pressoché sconfinata — in tema di regolamentazione dell'uso delle armi in tempi di guerra e in tempi di pace si segnala, senza pretesa di esaustività, W. H. BOOTHBY, *Weapons (prohibited)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, disponibile all'indirizzo www.opil.ouplaw.com; A. BRYDEN, *International Law, Politics and Inhumane Weapons*, London, 2012; S. CASEY-MASLEN, *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge, 2015; G. DEKKER, *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement*, The Hague/Boston/London, 2001; D. H. JOYNER, *International law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, Oxford/New York, 2009; G. NYSTUEN, *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge, 2015; A. PIETROBON, *Nuclear Powers' Disarmament Obligation under the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons and the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty: Interactions between Soft Law and Hard Law*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, 2014, pp. 169-188; R. R. BAXTER e T. BUERGENTHAL, *Legal Aspects of the Geneva Protocol of 1925*, in *American Journal of International Law*, vol. 64, 1970, pp. 853-879; J. LEDERBERG, *Biological Weapons: Limiting the Threat*, Cambridge, 1999; N. RONZITTI, M. BOTHE e A. ROSAS, *The New Chemical Weapons Convention*, Leiden, 1998. Per il contributo della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, e della Corte penale internazionale in particolare, si v. E. PERROTTA, *International Criminal Court, Legal Maxims: Le Procureur c. Germain Katanga, Affaire No. ICC-01/04-01/07, Chambre de première instance II, Décision relative à la peine, 23 mai 2014*, in *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 15, New York, 2016, pp. 393 ss.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

par. 4.2.2 e 4.2.3), soprattutto quando consapevoli del proprio *status* patologico.

In questo senso, la responsabilità individuale da contagio può essere inserita alla base di una scala di « responsabilità comune ma differenziata » (*common but differentiated responsibility*, CBDR) dei vari soggetti di diritto, interno ed internazionale, chiamati a limitare o a contrastare il decorso epidemico: i membri dei governi nazionali — operanti sia come singoli individui che come apparato — e delle organizzazioni internazionali con le relative agenzie specializzate; la comunità civile, in particolare nei suoi assetti associativi; e, per l'appunto, i singoli individui, inclusi gli operatori medico-sanitari ¹¹².

Con riferimento alle categorie individuali oggetto di analisi (operatori medico-sanitari e altri destinatari di regole cautelari, ordinarie o *extra ordinem*), è opportuno chiedersi in che modo la responsabilità « comune » per l'epidemia debba poi essere « differenziata », ossia modulata in relazione al singolo agente.

Sul piano dei soggetti superindividuali, la dottrina internazionalistica propone la differenziazione della responsabilità da contagio in base a tre parametri: stato di necessità (*need*), grado di colpevolezza (*culpability*), livello di capacità (*capacity*) del soggetto ¹¹³.

¹¹² L'elaborazione della responsabilità comune ma differenziata rispetto alle pandemie è da riconoscere alla più recente ed attenta dottrina internazionalistica, che si è dedicata in particolare alla configurabilità della responsabilità degli stati, tuttavia operando alcuni importanti rilievi sulla responsabilizzazione degli individui: si v. M. SIRLEAF, *Responsibility for Epidemics*, in *Texas Law Review*, vol. 97, 2018, p. 296. Si tratta di un'elaborazione che, tuttavia, è ancora da realizzare dal punto di vista applicativo. L'Autrice è pienamente consapevole delle difficoltà e delle prospettive future di questo approccio. Come si nota nello studio, analizzando le statuizioni (spesso non implementate nella prassi) del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, operante in seno all'ONU: « [w]hile the Committee has held that “all members of society — individuals, including health professionals, [...] intergovernmental and nongovernmental organizations, civil society organizations [...] — have responsibilities regarding the realization of the right to health” this is not reflected in people's lived experiences. Only state parties to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights are accountable for compliance with it. While states' international obligations include ensuring that their actions as members of international institutions take due account of the right to health, this does not always occur. Unfortunately, the law on the books is not always reflected in reality ». Il corsivo è aggiunto. L'Organizzazione mondiale della sanità da anni segnala il ruolo cruciale svolto dagli individui (e dalle famiglie) nel contrasto alla diffusione delle pandemie: si v. il *report* World Health Organization, *Pandemic Influenza Preparedness and Response*, 2009.

¹¹³ Con riferimento ai tre parametri richiamati, si osserva in dottrina che « [1] [e]xpanding this rationale of differentiation to combat highly-infectious diseases means there would be disparate levels of responsibility for addressing epidemics, which would correspond with varying levels of social, economic, and health needs. [...] [2] Under a *culpability* analysis, the

EMANUELE PERROTTA

A nostro avviso, con riferimento alle responsabilità individuali da contagio, occorre valorizzare soprattutto i criteri di differenziazione della *culpability* e della *capacity* del soggetto, peraltro strettamente correlati.

L'analisi dell'elemento psicologico ha evidenziato (v. *supra*, par. 4) che la differenziazione tra le forme di responsabilità individuale da contagio è data dalla particolare operatività del rimprovero colposo, in funzione del diverso *agere* atteso dall'individuo all'insorgere del fenomeno epidemico, a seconda della qualifica personale (medica ovvero comune): in ambito medico-sanitario, la colpa dovrebbe essere improntata ad una « sequenzialità » invertita o discendente, particolarmente stringente per chi operi nella cerchia degli *infettati primari*, in ragione della maggiore contribuzione causale (stante il restringimento della rete causale) e delle particolari imposizioni precauzionali, prescritte dalle scienze mediche nei casi di incertezza scientifica sulla potenzialità epidemica di un agente patogeno.

Viceversa, per gli individui che non assumono qualifiche professionali medico-sanitarie, il rimprovero colposo dovrebbe essere, a rigore, modulato in senso crescente a seconda del grado di consapevolezza della patogenicità e della virulenza dell'agente diffuso ¹¹⁴. Lo stesso è a dirsi quando le condotte di diffusione siano occorse sotto la vigenza di leggi, contingibili ed urgenti, volte al contenimento dell'emergenza sanitaria, tali da rendere « conoscibile » o « conosciuto » l'evento lesivo, mortale o strettamente epidemico al soggetto agente.

230

emphasis changes from a focus on the obligations to succor to the conditions that created the epidemic. [...] CBDR would necessitate determining the culpability of international actors in facilitating global health inequities. This is particularly important when one considers that a fundamental norm that is being violated with epidemic diseases is the failure to comply with an obligation to assist and cooperate internationally. [...] [3] *Capacity* as used in this framework refers to the ability of an actor to detect, prevent, and control communicable diseases, as well as assist others in accomplishing these objectives. Differentiating based on capacity is reflected in human rights and global public health law. The normative justification for differentiation of responsibilities based on capacity is intuitive — if we want a reduction in epidemics, then we should allocate responsibility to those that are best placed to do so », v. M. SIRLEAF, *Responsibility for Epidemics*, cit., p. 321, 325, 333. Il corsivo è aggiunto.

¹¹⁴ Per le osservazioni inerenti alle connotazioni di patogenicità, virulenza e risposta nell'ospite della *covid-19*, si vedano i recenti studi clinici tra cui Y. CHEN, Q. LIU e D. GUO, *Emerging Coronaviruses: Genome Structure, Replication and Pathogenesis*, in *Journal of Medical Virology*, vol. 92, issue 4, 2020, pp. 418-423; Y. GUO, Q. CAO, Z. HONG *et al.*, *The Origin, Transmission and Clinical Therapies on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19) Outbreak - An Update on the Status*, in *Military Medical Research*, vol. 7, 2020. Per gli altri agenti virali, si v. L. SIMONSEN, M. J. CLARKE, G. D. WILLIAMSON, D. F. STROUP, N. H. ARDEN e L. B. SCHONBERGER, *The Impact of Influenza Epidemics on Mortality: Introducing a Severity Index*, in *American Journal of Public Health*, vol. 87, 1997, p. 1944 ss.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

Il riconoscimento di una modulazione — o di una « sequenzialità » — degli stadi colposi nelle responsabilità individuali da contagio è, d'altra parte, coerente con gli obiettivi perseguiti, sul piano internazionale, in tema di gestione delle emergenze sanitarie: se si intende realizzare un contrasto efficace alle epidemie, il giudizio di responsabilità individuale dovrebbe essere indirizzato ai soggetti che sono « in condizione migliore » per conseguire detto obiettivo ¹¹⁵.

In tal modo, è realizzata la piena armonizzazione tra *culpability* e *capacity* del soggetto che assuma una posizione di responsabilità nel decorso epidemico (*i.e.*, con tutte le differenze del caso: i vertici governativi e delle organizzazioni internazionali; il medico interveniente nella fase di infezione primaria o nel *cluster* epidemico; il paziente infetto, gravato da obblighi di isolamento domiciliare imposti dalla legislazione contingibile ecc.).

Tuttavia, l'estensione della responsabilità *ex* artt. 438 e 452 c.p. ad alcune categorie di individui presuppone l'accoglimento della realizzabilità del fatto epidemico mediante omissione.

L'indagine ha indicato che, allo stato, il dibattito interpretativo che ha interessato negli anni la dottrina si è invero in un contrasto applicativo tra le più recenti posizioni giurisprudenziali elaborate dalla Corte di cassazione: l'importanza del tema, soprattutto alla luce dell'emergenza sanitaria da *covid-19*, meriterebbe la rimessione della questione alle Sezioni Unite al fine di chiarire l'inquadrabilità degli artt. 438 e 452 c.p. tra i delitti causalmente orientati o a condotta libera e, conseguentemente, la relativa realizzabilità mediante omissione.

L'apertura alla soluzione positiva appare suffragata, oltre che dai menzionati elementi rilevanti per il diritto interno (il dato letterale e la collocazione sistematica degli artt. 438 e 452 c.p.; l'intangibilità del bene giuridico tutelato; le attuali evidenze epidemiologiche), anche dai riferimenti internazionalistici correlati alla collocazione della responsabilità individuale da contagio nella *common but differentiated responsibility*

¹¹⁵ M. SIRLEAF, *Responsibility for Epidemics*, cit., p. 333. L'Autrice, infatti, osserva: « [t]he normative justification for differentiation of responsibilities based on capacity is intuitive — if we want a reduction in epidemics, then *we should allocate responsibility to those that are best placed to do so* », recuperando ed applicando al tema della responsabilità superindividuale per le epidemie quanto affermato in teoria generale da D. MILLER, *Distributing Responsibilities*, in *Journal of Political Philosophy*, vol. 9, n. 4, 2001 che, a p. 461, affronta peraltro le difficoltà con cui l'assunto deve scontrarsi nella prassi (in particolare i problemi di effettività e di correlazione tra responsabilità morale e responsabilità causale).

(CBDR) per le epidemie. Secondo gli orientamenti internazionalistici maggioritari, la responsabilità individuale da contagio nell'ambito delle pandemie ben può derivare da forme omissive di condotta. Il restringimento dei margini di responsabilità per alcuni soggetti particolarmente impegnati nella gestione del rischio sanitario (*i.e.* vertici amministrativo-sanitari, medici ecc.), necessario ad evitare fenomeni di astensionismo o di ricorso alla c.d. « medicina difensiva », andrebbe perseguito non limitando la condotta di diffusione epidemica alle sole forme commissive, ma aprendo un dibattito sul riconoscimento di un'immunità — anche di derivazione internazionale — ai soggetti che prestino la propria attività nell'ambito di emergenze sanitarie globali: l'esempio più ricorrente attiene all'impegno dei medici volontari nel contrasto alle malattie infettive, soprattutto quando la loro attività sia oberata dalla contestuale domanda di accesso alle cure mediche da parte di centinaia, se non migliaia, di pazienti ¹¹⁶. Come si è in precedenza osservato, anche in assenza di un regime di immunità, il ricorso alla c.d. « medicina difensiva » andrebbe scoraggiato, a nostro avviso, assumendo a parametro del giudizio colposo, nei casi di attività professionale in ambito sanitario, l'approccio precauzionale accompagnato dall'« intelligenza » medica dell'interveniente.

232

L'indagine ha inoltre messo in evidenza alcuni aspetti non del tutto pacifici in seno alla comunità scientifica e, di converso, ancora poco chiari all'interprete: *a*) l'allocazione della responsabilità individuale (anche per omissione) rispetto alla responsabilità statale per le gravi pandemie; *b*) il tema della *web of causation* in ambito epidemico, che rendono inconveniente l'accertamento del nesso causale e, dunque, delle responsabilità individuali ¹¹⁷.

Per ciò che rileva in questa sede, le responsabilità individuali omissive in ambito epidemico appaiono ammissibili anche in virtù delle

¹¹⁶ Sul problematico ed attualissimo tema delle immunità per medici e sanitari impegnati nel contenimento delle emergenze sanitarie globali, si v. S. HOFFMAN, *Responders' Responsibility: Liability and Immunity in Public Health Emergencies*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2006, p. 1913 in particolare. Come osservato nello studio, infatti, l'esclusione di un'immunità di protezione per impiegati retribuiti, associazioni e volontari è operazione « imprudente », perché finisce per creare degli ostacoli alle iniziative di contrasto alle emergenze sanitarie. Ciò contribuirebbe a creare delle sperequazioni, finendo per avvantaggiare l'operatore astensionista rispetto a chi, anche a costo della propria incolumità, vada incontro al rischio di una responsabilità colposa professionale piuttosto che ad un riconoscimento per il proprio altruismo.

¹¹⁷ Si è già detto del tema *supra*, par. 5.3 e ad esso, pertanto, si rinvia.

UNA NUOVA DIMENSIONE DEL DELITTO DI EPIDEMIA

interazioni che esse hanno, sul piano internazionale, con la responsabilità degli stati nel quadro della CBDR.

Secondo l'art. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli stati per atti intenzionalmente illeciti (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), adottato nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale (*International Law Commission*), gli stati sono responsabili quando un comportamento « consistente in un'azione o in un'omissione [...] costituisca una violazione di un obbligo internazionale dello stato »; in accordo al successivo art. 4, è considerato « atto dello stato ai sensi del diritto internazionale » il comportamento di un organo, *persona* o ente, « che eserciti funzioni legislative, esecutive giudiziarie o altre, qualsiasi posizione abbia nell'organizzazione dello stato e quale che sia la sua natura [...] centrale o [...] territoriale ». Le disposizioni, ancorché inserite nell'ambito di uno strumento a carattere non vincolante, appaiono tuttavia utili a ricostruire il sistema di CBDR in tema di epidemia, che include le responsabilità individuali da contagio e le relazionali, in presenza del nesso di strumentalità *ex art. 4* del Progetto, alla responsabilità degli stati.

La comunità internazionale è ben consapevole delle difficoltà di ripartizione della responsabilità da contagio epidemico: la complessità concerne in buona misura l'individuazione del soggetto che abbia prevalentemente contribuito alla produzione di un evento così dannoso e diffuso (c.d. *indivisible harm*)¹¹⁸. Il pericolo, particolarmente attuale alla luce della tragica diffusione su scala globale della *covid-19*, è quello di incorrere nei c.d. vuoti di responsabilità (*responsibility gaps*), che si verificano quando i sistemi di contrasto interni siano connotati da soglie minime di punibilità che non vengono attivate, a causa della genesi — tipicamente multifattoriale — dell'epidemia, ovvero per le caratteristiche proprie delle singole condotte dei soggetti agenti¹¹⁹.

Alla luce di quanto emerso nel corso dell'indagine, è ragionevole ritenere che il fenomeno indicato in ambito internazionale come *responsibility gap* rischi di interessare la normativa interna di contrasto all'epidemia (art. 438 e 452 c.p.) come fino ad oggi interpretata, dando luogo a quella che, sul versante interno, potremmo definire una vera e propria

¹¹⁸ I. M. YOUNG, *Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model*, in *Social Philosophy & Policy*, vol. 23, issue 1, 2006, p. 115.

¹¹⁹ La ricostruzione dei casi di *responsibility gap* in ambito internazionale appartiene a M. SIRLEAF, *Responsibility for Epidemics*, cit., p. 297.

frattura tra « realtà normativa » e « realtà fattuale » (o « criminale »). Ne è riprova la rarissima attivazione della norma incriminatrice di riferimento, ancora oggi — a novanta anni dalla sua introduzione — fortemente caratterizzata da dubbi inerenti alla sua struttura ed alla sua operatività.

Il recupero della responsabilità individuale da contagio, inserita alla base di una *common but differentiated responsibility* ed ispirata ad un nuovo approccio interpretativo degli elementi strutturali della fattispecie indicati, appare un passaggio particolarmente delicato nell'ambito delle proposte, intervenute sul piano internazionale, per il superamento dei *responsibility gaps* che troppo spesso hanno accompagnato le emergenze sanitarie globali (*i.e.* la diffusione delle epidemie da colera ad Haiti e da ebola nei paesi centroafricani) ¹²⁰.

Alla luce della drammatica emergenza sanitaria legata alla *covid-19*, le menzionate esigenze di adeguamento della « realtà normativa » alla « realtà fattuale », unite alla necessità di una fattiva allocazione delle responsabilità per l'evento epidemico globale, non sono più — come è stato per alcune emergenze sanitarie del passato — una questione estranea all'ordinamento italiano che, anzi, è oggi chiamato a fornire una pronta risposta ai numerosi sospesi interpretativi che connotano la normativa interna di riferimento.

¹²⁰ Per la ricostruzione del caso del colera, si v. *inter alia* J. ALVAREZ, *The United Nations in the Time of Cholera*, in *American Journal of International Law - Unbound*, vol. 108, 2014, pp. 22-29; per l'epidemia da ebola, si v. per tutti D. FIDLER, *Epic Failure of Ebola and Global Health Security*, in *Brown Journal of World Affairs*, vol. XXI, issue II, 2015, p. 179 ss.