

CONFRONTO DI IDEE

VICO VALENTINI

Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio: a che punto siamo?

Lo scritto si focalizza sulla difficile praticabilità della responsabilità punitivo-penale del datore di lavoro, e quindi anche dell'ente di cui è organo, per la malattia da Covid-19 che dovesse colpire il personale: passando in rassegna gli ostacoli sostanziali e accertativo-processuali che, *on the books*, si frappongono a quell'addebito; valorizzando la regola *ex art. 29-bis d.l. 23/2020*, finalizzata a scongiurare prevedibili e (altrimenti) possibili derive giustizialiste nella *criminal law in action*, e plaudendo all'approccio estremamente cauto assunto dalla magistratura, orientata a calibrare la pretesa normativa sulle reali possibilità d'intervento-*risk management* dei debitori di sicurezza.

Work organization and criminal liabilities for contagion: where do we stand?

This paper focuses on substantive and procedural obstacles in the application of the - employer and corporate - criminal liability in the event of Covid-19 infection of employees; it emphasizes the key role played by the Art. 29-bis l.d. 23/2020 - that aims to avoid a punitive and victim-oriented interpretation; and it points out the judiciary's cautious approach to that issue, in order to ensure compatibility between the employer's criminal accountability and the constitutional guarantees.

SOMMARIO: 1. L'imputazione dolosa delle singole malattie da Covid-19: c'è mai stato qualche spazio? - 1.1. Colpa penale e colpa penale datoriale per l'infezione. - 2. Causalità e illeciti di danno individualizzato. - 2.1. Colpa e causalità in contesti professionali marginalizzati. - 3. Casualità ed epidemie. - 4. Profezie che si autoavverano.

1. *L'imputazione dolosa delle singole malattie da Covid-19: c'è mai stato qualche spazio?* Sono trascorsi circa due anni dall'alba dell'emergenza pandemica¹, le cui ricorsive escalation hanno profondamente e drammaticamente stravolto - e, in molte regioni del mondo, ancora stravolgono - quotidianità e progettualità degli esseri umani²; e, durante quest'arco temporale, s'è detto e s'è fatto tutto e il contrario di tutto: abbiamo assistito alle fughe in avanti e ai dietrofront di autorità e agenzie pubbliche; a pronostici e contro-pronostici di scienziati più e meno esperti interpellati in turn over; da ultimo, ai disorien-

¹ Per un affresco ricostruttivo dell'evoluzione della crisi pandemica, nel quadro della strategia di allerta e prevenzione nazionale e internazionale, v. DODARO, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in *Dir. pen. uomo.*, 2020, 9, 215 ss.; in prospettiva diagnostica e terapeutica, v. AVATO, *Covid-19: una nuova antropozoonosi endemica? Interrogativi e risposte (alcune) per il prossimo scenario di sanità pubblica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 631 ss.;

² Occasionando l'innesto di regole coercitive fortemente limitative di attività socialmente fisiologiche: DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda pandemica*, in www.lalegislazionepenale.eu.

tanti dispaacci degli enti tecnico-sanitari su prestazioni e affidabilità dei vaccini. Senza poi contare la fiaccante girandola di affreschi fantascientifici e tesi economico-complotte nella comunicazione mediatica alternativa.

Anche il microcosmo giuridico, come era scontato, è stato coinvolto dalla bagarre e dalla fiera dell'improvvisazione: testate giornalistiche e alcuni giuristi, infatti, si sono avventurati in pronostici terroristici, avvertendo degli agguati dello strumentario penale, pronto a colpire con le sue armi più distruttive.

Si è scritto: chi esce di casa come nulla fosse, come pure l'imprenditore-datore di lavoro che viola le misure di contenimento concordate da Governo e Parti Sociali, rischia un'imputazione per lesioni, omicidio o epidemia *dolosa*³; quand'anche non ci sia l'intenzione di generare infezioni o malattie-infortunio – si è chiosato – l'accusa potrebbe comunque contare sul dolo eventuale e, ancor prima, su quello diretto: il quale ultimo, stando alla posizione tradizionale, sarebbe apprezzabile anche nel caso di dolo alternativo, quando, cioè, l'autore si rappresenta come (certi o solo) altamente probabili⁴, indifferentemente e appunto alternativamente, *tutti* gli eventi causalmente ricollegabili alla propria condotta, e ciò nonostante persevera, con ciò accettando, e quindi (pseudo)-volendo, *tutti* i risultati pre-figurati⁵. Dal raffreddore alla morte, da un micro-cluster al contagio di un'intera regione⁶: tutto ciò, insom-

³ V. ad es. *Coronavirus, chi ha sintomi ma esce di casa rischia l'accusa di omicidio doloso*, in www.ilsole24ore.com; *Coronavirus, le regole del decreto: cosa si rischia se non si rispettano*, in www.corriere.it; *Uscite fuori? Omicidio doloso. Ecco cosa rischiano i "furbi" per il virus*, in www.ilgiornale.it; *21 anni di carcere per omicidio doloso per chi ha sintomi Covid e non rispetta la quarantena*, in www.fanpage.it; *Coronavirus, omicidio doloso per chi ha sintomi ed esce*, in www.quilfinanza.it; *Covid, chi ha sintomi ed esce di casa rischia 21 anni di carcere: è omicidio doloso*, in www.ecodellojonio.it; *Contagio come infortunio sul lavoro: imprenditore responsabile solo per dolo o colpa*, in www.corriere.it; *Contagio sul luogo di lavoro: senza dolo l'azienda non rischia*, in www.askanews.it; *Coronavirus, autocertificazione «falsa»: ecco quando è reato e quando no*, in www.ilsole24ore.com.

⁴ Cass., Sez. un., 14 febbraio 1996, M., in www.dejure.it, secondo cui ricorre il dolo eventuale allorché l'agente si rappresenta la *possibilità* del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria condotta, giacché, in tale scenario, egli si limiterebbe ad «accettare il rischio dell'evento»; se invece l'autore si prefigura come *altamente probabile* la realizzazione dell'evento, allora accetta – non più 'solo' il rischio ma – l'evento stesso, che potrà dirsi cagionato con dolo diretto.

⁵ Da ultimo Cass., sez. I, 13 aprile 2018, A., in *Mass. Uff.*, n. 274402.

⁶ Non escludono la praticabilità di accuse di omicidio e lesioni dolosi, fra gli altri, CASTALDO, COPPOLA, *Profili penali del decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, in questa rivista, 2020, 1, 1 ss.; PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, *ivi*, 2020, 1, 1 ss.; VITALE, *Propagazione virale e responsabilità penale: HIV e SARS-CoV-2 a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 3, 1355 ss. Nel senso della configurabilità del reato di epidemia dolosa, v. invece CECL, *COVID-19: le condotte vietate dalla legge e le sanzioni irrogabili*, in *Pen. dir. proc.*, 2020; PAGANI, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture*

ma, che la - provocata o non impedita - contrazione del virus è in grado di innescare.

Ora, in disparte gli illeciti di epidemia (*infra*, § 3), ci sembra che quest'impostazione non sia al passo coi tempi: perché il dolo eventuale, e quindi, *a fortiori*, anche il dolo diretto⁷, non sono più quelli di una volta.

Nel rivedere i confini fra dolo (eventuale) e colpa (con previsione), infatti, le Sezioni Unite del 2014⁸ hanno definitivamente accantonato criteri discretivi di matrice essenzialmente 'quantitativa', fondati cioè sulla 'misurazione percentualistica' delle *chances* di realizzazione dell'illecito che l'autore si rappresenta (astrattamente possibile, concretamente possibile, probabile, altamente probabile, quasi certo, certo)⁹, ritenendo invece decisiva la 'qualità' del momento cognitivo.

Stando alle Sezioni Unite, più in particolare, la *rappresentazione dolosa* esige la «puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice [...] l'evento [...] come tale deve essere oggetto di chiara, lucida rappresentazione», laddove la *rappresentazione colposa* - e quindi, per forza di cose, anche la *rappresentabilità* della forma semplice¹⁰ - «può ben essere vaga e alquanto sfumata»¹¹.

In sostanza, dunque, il dolo implica un orizzonte cognitivo nitido, la rappresentazione dello *specifico* illecito-evento poi effettivamente occorso: una previsione, insomma, che consenta di argomentare l'adesione-accettazione di *quel* risultato; la colpa, viceversa, potrebbe accontentarsi di uno spettro cognitivo meno profilato, più equivoco, multidirezionale, ossia della previsione di

samitarie, in questa rivista, 2020, 2, 1 ss.; RAFFAELE, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in *disCrimen*, 18 dicembre 2020, 1 ss.

⁷ Anch'esso incentrato sul momento rappresentativo: v. *retro* nt. 4, nonché, nella manualistica recente, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, 8° ed., Torino, 2021, 288 s.; PULITANO, *Diritto penale*, 9° ed., Torino, 2021, 265 s.

⁸ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, E. e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*; così, sostanzialmente, già CANESTRARI, *La distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013.

⁹ In questa direzione, del resto, anche Cass., Sez. un., 29 novembre 2009, N., in *www.penalecontemporaneo.it*; che esige la consapevolezza di una *concreta* possibilità - che il bene sia di provenienza delittuosa - agli effetti della sussistenza del dolo eventuale ex art. 648 c.p., mentre la cognizione colposa (art. 712 c.p.) si appagherebbe di un semplice sospetto-*mera* possibilità.

¹⁰ In questo senso, già Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, B. e altri, in *Cass. pen.*, 2009, 2837.

¹¹ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, E. e altri, cit., 179 ss.; per una colta critica alla posizione sposata dalle Sezioni Unite, nel segno della (ri-)valorizzazione dell'elemento volontaristico, v. però M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, 559 ss.

un reato, di una generica illiceità penale, e, quindi, dell'accettazione di un *indefinito* rischio-reato.

Cosa che, nel campo dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, significa che agisce/omette dolosamente chi si prefigura la *specific*a conseguenza lesiva poi scaturita dalla sua condotta (quella specifica affezione, gli effetti dannosi di quella specifica entità), non essendo viceversa sufficiente la rappresentazione – al più colposa, appunto – di un *qualsiasi* danno alla persona (dalla sindrome di Raynaud all'angiosarcoma epatico, da una tosse passeggera al decesso).

Accanto a tale ridefinizione concettuale, poi, si staglia l'adiacente problematica della prova della previsione dolosa, di necessità appoggiata su dati estrinseco-oggettivi; si tratta di un aspetto che la 'sentenza Thyssen' ha tralasciato, ma che è stato ampiamente ed esaurientemente trattato in un arresto della V^a Sezione del 2007¹²: il cui pioneristico ordito argomentativo si salda, completandolo, con la rilettura delle Sezioni Unite, fornendo a quest'ultima un coerente statuto processuale. Pur riguardando il diverso settore degli illeciti societari, in effetti, la 'ratio decidendi Bipop' ci consegna un *criterio generale e generalizzabile di selezione degli indici denotativi di una rappresentazione dolosa*, un parametro affidabile, cioè, mediante cui far messe di quelle «acquisizioni probatorie» che sorreggono la Formula di Frank¹³. Secondo la V^a Sezione, più nel dettaglio, gli indizi da cui trarre inferenzialmente la prova della cognizione dolosa debbono essere non solo eloquenti (non lievi, chiari, evidenti)¹⁴, ma anche e soprattutto «perspicui e peculiari in relazione all'evento» poi occorso¹⁵. Deve insomma trattarsi di *red flags* univocamente indicative di una determinata e puntuale fisionomia tipica: una bancarotta fraudolenta e non, *genericamente*, un reato fallimentare; un falso in prospetto e non, *genericamente*, un reato societario; un omicidio e non, *genericamente*, un delitto contro l'incolumità individuale, etc.¹⁶. Breve: la prova del momento rappresentativo del dolo può e deve ap-

¹² Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, A. e altri, in *Cass. pen.*, 2008, 103.

¹³ Che la stessa Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, E. e altri, cit., 187, considera un indicatore del dolo «sostanzialmente risolutivo».

¹⁴ Così invece Cass., Sez. V, 5 novembre 2008, F., in *www.dejure.it*; Cass., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, G., *ivi*.

¹⁵ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, A. e altri, cit., § 4; sost. conf. Cass., sez. IV, 5 settembre 2013, M., in *Mass. Uff.*, n. 256342; Cass., Sez. V, 8 giugno 2012, B. e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁶ Non solo. Sempre secondo la 'sentenza Bipop', sia la 'eloquenza' che la 'univocità' del segnale-rischio non basta siano apprezzabili *oggettivamente*, ma debbono pure essere *soggettivamente* percepibili e valutabili dall'agente-omittente, il quale, appunto, deve vantare le competenze (tecniche, intellettuali, culturali, etc.) che gli consentono tale percezione-valutazione: in tema, fra gli altri, PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Soc.*, 2008, 902 ss.; CAPUTO, *Dalla teoria dei 'segnali di allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. Soc.*, 2015, 905 ss.; INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una deci-*

poggiarsi su dati-segnali che additano uno specifico fatto di reato; una piattaforma dimostrativa, in ultima analisi, molto simile al *Vorsatzgefahr* d'ideazione tedesca¹⁷. Qualora invece il segnale sia sì eloquente, volendo macroscopico, ma (ancora) equivoco-generico, occorrerà orientarsi verso un'imputazione colposa.

Ecco perché, nel campo dell'infezione da Covid-19, non possono trovare spazio imputazioni *ex artt. 575, 582 c.p.*: perché il cittadino-untore e/o il datore di lavoro che violano od omettono le prescritte misure di contenimento non possono essersi *prefigurati* le futuribili e *specifiche* conseguenze del singolo contagio, né *cogliere e riconoscere* gli indicatori di quella *specificata* affezione attualmente in corso¹⁸, potendo il virus restare del tutto silente (asintomatici), esteriorizzarsi in malesseri identici a quelli tipici di una semplice malattia da raffreddamento (paucisintomatici), oppure deflagrare in una crisi respiratoria mortale.

Si tratta insomma di un orizzonte rappresentativo troppo multicipite, e di 'segnali d'allarme' troppo generici, per poter fondare un addebito doloso.

1.1. *Colpa penale e colpa penale datoriale per l'infezione.* Un fatto tipico e una colpevolezza colposi, invece, sono indubbiamente pensabili e addebitabili: sia a carico del comune cittadino che agisce incautamente, sia a carico del datore di lavoro-garante che omette d'implementare (o implementa inadeguatamente) le misure anti-contagio.

Vero è che, al comune cittadino, un rimprovero per colpa potrebbe essere rivolto solo alla *pre-condizione* che egli sia consapevole o, comunque, nutra o avrebbe dovuto nutrire il ragionevole sospetto d'essere infetto. E qui, all'evidenza, diventa decisivo stabilire se per 'ragionevole' si intenda il solo sospetto *circostanziato*, vale a dire appoggiato su contingenze denotative di un rischio-contagio (es. contatto con positivi confermati, viaggi in 'zone critiche'¹⁹, presenza di sintomatologia da infezione respiratoria e/o febbre)²⁰, oppure se, trattandosi di patogeno onnipresente e - spesso - silente²¹, nessuno possa fonda-

sione apripista?, in www.penalecontemporaneo.it; MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei cd. segnali d'allarme*, *ivi*, 2 febbraio 2012.

¹⁷ Cfr. ad es. PUPPE, *Strafrecht*, AT, 2° ed., Baden-Baden, 2010, 316.

¹⁸ Conf. POZZI, MARI, *I "modelli 231" alla prova dell'emergenza COVID-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, 147 ss.

¹⁹ AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 229 ss.

²⁰ Visto che l'infezione da Covid-19 può esaurirsi in queste lievi affezioni: sul punto, volendo, VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in questa rivista, 2020, 1, 1 ss.

²¹ Al dicembre 2020, ad es., la percentuale nazionale di asintomatici sfiorava il 60%.

tamente escludere di esserne vettore²²: ove è chiaro che, in quest'ultimo scenario, il presupposto di un rimprovero colposo possa dirsi *sempre e comunque* integrato. Entrambe le soluzioni sono plausibilmente sostenibili; è però praticabile un'ulteriore, più attraente e altrettanto plausibile lettura sistematica, occasionata dall'innesto della disciplina punitiva ex dd.ll. 19/2020 e 33/2020: nello stabilire che realizzano la contravvenzione ex art. 260 TUSan le persone che violano l'obbligo di permanenza domiciliare disposto per essere «risultate positive al COVID-19»²³, infatti, quella disciplina sembra subordinare la responsabilità contravvenzionale all'acquisita certezza di avere contratto il SARS-CoV-2; e, se tale preconditione 'soggettiva' vale per l'illecito ex art. 260 TUSan, dovrebbe a *fortiori* valere per i più gravi reati ex artt. 452, 589, 590 c.p.²⁴

Ma - attenzione - *non* ci può essere spazio per la *colpa generica*.

L'approccio riduzionistico alla colpa per l'infezione va ribadito con fermezza, e riposa sulle stesse ragioni che rendono regolarmente impraticabile la prova della causalità individuale (*infra* §§ 2 ss.): le insuperate incertezze scientifiche che circondano il SARS-CoV-2, gli ampi buchi cognitivi, cioè, che costellano il piano della causalità generale.

Il principale interlocutore scientifico del giudice penale²⁵, oggi come un anno fa, può infatti contare su un modestissimo nucleo di dati acquisiti: che il coronavirus danneggia esseri umani; che si trasmette da uomo a uomo *via* aerosol o *droplets*; e che può essere contratto strofinandosi incautamente - senza prima disinfettarsi - le mucose oculari, orali o nasali dopo avere manipolato materiali ospitanti particelle infette altrui.

Tutto qua.

²² Salvo che, ancora una volta, *dati circostanziali* depongano in senso contrario: si pensi a chi non indossa la mascherina protettiva immediatamente dopo essersi sottoposto a tampone molecolare risultato negativo.

²³ Cd. quarantena obbligatoria, che, peraltro, dev'essere formalmente e individualmente disposta con provvedimento dell'autorità sanitaria: DELLA BELLA, *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*, in *www.sistemapenale.it*, 16 marzo 2021; S. FIORE, «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. pen.*, 2020, 11, 5 ss.

²⁴ Rispetto ai quali la contravvenzione si pone, per espresso dettato normativo, in rapporto di progressione offensiva: v. artt. 4, co. 6, d.l. 19/2020, 2, co. 3, d.l. 33/2020, che, nello stabilire che la violazione della quarantena obbligatoria integra la contravvenzione ex art. 260 TUSan, fanno «[s]alvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato»; sost. conf. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2, 983 ss.

²⁵ Che non è l'epidemiologo, il quale si occupa di osservare la manifestazione dell'infezione in fette di popolazione, e neppure l'infettivologo, incaricato di trattarla e addomesticarla, bensì il virologo, che analizza i connotati intrinseci e le 'regole d'ingaggio' del virus.

Restano invece incerti e variabili – fra l’altro – il ventaglio delle superfici ospitali (l’asfalto? I capelli? I tessuti? E quali tessuti?) e dei vettori biologici (gli umori? E quali secrezioni? E gli animali?)²⁶; la resistenza molecolare del virus e l’attitudine infettante dei medesimi vettori, su cui sembra incidano fattori micro- e macro-ambientali (es. aperture, impianti di condizionamento, temperatura, clima, inquinamento atmosferico); la consistenza e le tempistiche della *trigger dose*, anch’esse – pare – variabili da individuo a individuo (cd. superdiffusori)²⁷; la forbice di latenza (da 3 a 14 giorni) del malanno; le stesse distanze minime di sicurezza (si va da un minimo di 1 a un massimo di 6 metri)²⁸.

La nebulosa conoscitiva che avvolge le modalità di passaggio del virus²⁹, in uno con l’ubiquità di quel patogeno, rendono insomma *inesigibile* un impegno valutativo (del rischio) e selettivo (delle misure utili a minimizzarlo) *autonomo*, ossia sganciato-indipendente da indicazioni preconfezionate dalla Pubblica Autorità³⁰: così come il comune cittadino, dunque, così anche il datore ottemperante alle misure di contenimento di fonte pubblicistica (ministeriale, governativa, regionale, etc.) potrà considerarsi esonerato da responsabilità penale³¹.

Solo colpa specifica, dunque.

Alla «specificazione» della colpa penale datoriale, del resto, ha provveduto *ex professo* l’art. 29-*bis* d.l. 23/2020³², secondo cui, ai fini della tutela contro il rischio-contrazione, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono l’obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. applicando-eseguendo le prescrizioni anti-

²⁶ Ad oggi, pare che solo i visoni siano in grado di (ri-)trasmettere il nuovo coronavirus – per di più mutato – agli esseri umani: v. *Cosa sapere su Covid-19 e animali*, in www.salute.gov.it, ove peraltro si suggerisce di evitare precauzionalmente il contatto fra animali appartenenti a persone infette e altri esseri umani.

²⁷ V. ad es., nella stampa divulgativa, <https://www.nationalgeographic.it/scienza/2020/11/coronavirus-chi-sono-i-superdiffusori-e-come-trasmettono-il-virus>.

²⁸ BATTARINO, NATALE, *Reati dell’epidemia e reati nell’epidemia*, in *Quest. giust.*, 2020, 2, 37 ss.

²⁹ CARRIERO, *L’(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in questa rivista, 2020, 3, 1 ss.

³⁰ Sul tema, in generale, v. ora il prezioso cameo di GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *disCrimen*, 21 gennaio 2021.

³¹ In argomento, v. il puntuale e integralmente sottoscrivibile monito di PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2020; sost. conf. la *Informativa in tema di indagini sulla responsabilità sanitaria nella emergenza da Covid-19* del 15 giugno 2020, a cura della Procura Generale della Corte di cassazione, in www.procuracassazione.it.

³² Lo segnala pure MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2020, 2, 16 ss., 47 ss.

contagio catalogate nei protocolli condivisi fra Autorità Pubbliche e Parti Sociali³³, a loro volta (già) «pubblicizzati» *via* richiamo da dd.p.c.m./dd.l.³⁴

Il precetto *ex art. 29-bis*, come noto, è figlio dell'allarmismo scatenato dalla regola *ex art. 42*, co. 2, d.l. 18/2020³⁵: la quale, ponendosi nel solco del centenario approccio ermeneutico in punto di copertura assicurativa³⁶, aveva ribadito l'assimilazione fra causa violenta e causa virulenta e, di qui, stabilito l'equiparazione fra infortunio sul lavoro (o, comunque, fra malattia-infortunio)³⁷ e infezione da Covid-19³⁸. Il timore del mondo im-

³³ «Art. 29-bis - *Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19*. 1. Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Fra i *corpora* cautelativi concertati a livello nazionale, in particolare, vanno segnalati il *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* del 14.3.2020, poi integrato-rivisto con protocollo del 24.04.2020, nonché il *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID 19 negli ambienti di lavoro* del 6.4.2021; il *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri* del 24.4.2020; ed il *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica* del 20.3.2020, i quali ultimi specificano-calibrano, nei rispettivi settori, le «previsioni generali» dei protocolli del 14.3. e del 24.4. del 2020. Per un utile catalogo degli accordi protocollari adottati a tutti i livelli (internazionale, nazionale, locale e aziendale) sul punto di tutela dei lavoratori dal rischio Covid-19, v. https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=22008:acc&catid=151&Itemid=10

³⁴ Tali protocolli, cioè, vantavano forza normativo-cogente *già prima* del vigore della l. 40/2020 (di conversione del d.l. 23/2020) e della l. 74/2020 (che ha convertito il d.l. 33/2020, a sua volta richiamato dall'art. 29-bis): AMBROSETTI, CARRARO, *Emergenza coronavirus e profili penali: «fase 2» e sicurezza sul lavoro*, in *Resp. civ. Prev.*, 2020, 3, 694 ss.

³⁵ «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (Sars-Cov-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL, che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezione da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro [...] La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

³⁶ DI CARLUCCIO, *Il diritto emergenziale tra prevenzione e riparazione*, in *Obblighi di sicurezza e responsabilità di impresa al tempo del Covid-19*, a cura di Di Carluccio, Esposito, Salerno, 2020, 7 ss.

³⁷ L'assorbimento dei concetti di *igiene e salute* nel lavoro in quello di *sicurezza* del lavoro, cui consegue l'omologazione fra cautele contro gli *infortuni sul lavoro* e cautele contro le *malattie professionali*, costituisce un dato di derivazione euro-unitaria oramai acquisito: *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, 8 ss.; lo stesso art. 25-septies d. lgs. 231/01, del resto, accoglie espressamente tale sovrapposizione concettuale.

prenditoriale, in particolare, era - ed è - che i meccanismi di accertamento-riconoscimento della tutela previdenziale, che va garantita là dove la malattia sia stata contratta «in occasione di lavoro»³⁸, finissero essere estesi anche al settore (civile) e penale: il che, considerate le già segnalate peculiarità del rischio infezione - esogeno e ubiquo, e quindi solo parzialmente gestibile; difficilmente riconoscibile; e scientificamente incerto: *retro*, § 1 - avrebbe condotto a epiloghi iniquamente responsabilizzanti. In verità, però, si tratta di timori infondati³⁹: altro, infatti, è ricondurre l'infezione da Covid-19 al concetto di malattia-infortunio anche agli effetti della responsabilità penale (del datore-persona fisica) e della responsabilità punitiva *ex d.lgs. 231/01* (degli enti)⁴¹; ben diverso, invece, sarebbe ascrivere responsabilità punitivo-penali in base ai parametri che presiedono al riconoscimento della copertura assicurativa: che si fonda su presunzioni - di origine professionale del malanno - di matrice meramente probabilistica⁴², e che è del tutto svincolata da acclamate inosservanze del datore di lavoro, tanto da dover essere accordata quand'anche il contagio sia dovuto a caso fortuito, oppure a colpa esclusiva della vittima-lavoratore⁴³. Una criteriologia, insomma, che non ha nulla a che vedere con i percorsi imputativi penalistici.

Tutto ciò non significa, naturalmente, alleggerire la colpa penale al punto da «scudare» il datore o, comunque, appagarsi di un'applicazione robotica e formalistica dei protocolli concertati: pur non dovendo andare oltre l'implementazione di regole preconfezionate, infatti, il garante dovrà calibrarle/adattarle alla concreta realtà aziendale⁴⁴, peraltro conservando spesso, posta l'elasticità di molte indicazioni cautelari, un margine di manovra assai significativo⁴⁵.

³⁸ Conf. ad es. INAIL, circolare n. 13 del 3.4.2020; INAIL, circolare n. 22 del 20 maggio 2020.

³⁹ Frangente che include anche il percorso di andata al/ritorno dal luogo di lavoro (cd. malattia-infortunio *in itinere*), e che va inteso in senso ampio (comprensivo di attività strumentali, accessorie e/o collegate al soddisfacimento di esigenze lavorative): INAIL, circolare n. 22 del 3.4.2020, 11 s.; sul punto, in prospettiva penalistica, v. CAMINITI, SOLIDA, *Contagio da covid-19 e infortunio in itinere: quali responsabilità per il datore di lavoro?*, in www.sistemapenale.it.

⁴⁰ Conf. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in www.questionigiustizia.it.

⁴¹ Inclusione concettuale, questa, possibile ed anzi doverosa, ancorché di modestissimo impatto concreto: *infra* §§ 2 ss.

⁴² Presunzione che, nel caso di personale sanitario e lavoratori che operano a costante contatto col pubblico (es. cassa, banconisti, *front office*), diventa sostanzialmente invincibile: DI CARLUCCIO, *SARS-CoV-2 e contagio del lavoratore. Note sulla malattia-infortunio*, in www.judicium.it.

⁴³ INAIL, circolare n. 13 del 3 aprile 2020, cit., 4 s.

⁴⁴ Così ad es., espressamente, i citati *Protocolli condivisi* in data 24 aprile 2020 e 6 aprile 2021.

⁴⁵ DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in www.giustiziainsieme.it, 4 maggio 2020. Non è infondato, perciò, il dubbio che la vaghezza di tali enunciati rischi di favorire il reingresso della colpa generica, aprendo a una sorta d'indefinita 'imperizia esecutiva' capace di vanificare il progetto politico-criminale *ex art. 29-bis*. Pure qui, però, *nihil novi* la

Al contempo, però, ci pare ingeneroso e poco sensato sdrammatizzare la portata normativa dell'art. 29-*bis* d.l. 23/2020, declassandolo a contenitore di un supplichevole e speranzoso *memento* rivolto all'interprete⁴⁶; al contrario, si tratta di un enunciato da cui può e dev'essere cavata una *vincolante regola sulle fonti* delle cautele anti-covid o, a tutto concedere, una *stringente e obbligatoria regola sull'interpretazione* della colpa datoriale per il contagio.

Questo, in altri termini, il senso del precetto di cui all'art. 29-*bis*: nel limitare il dovere di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. all'applicazione di misure preconfezionate, il legislatore emergenziale, *con regola* – ripetiamo – *cogente*, ha inteso escludere che, nel campo della responsabilità punitivo-penale per la malattia da Covid-19, la norma civilistica possa funzionare da generatore di obblighi di diligenza residuali e ulteriori rispetto a quelli positivizzati⁴⁷, così riconducendo la pretesa normativa a misura delle possibilità d'intervento del datore di lavoro, e scongiurando epiloghi punitivi a sorpresa⁴⁸.

Si tratta insomma di un commendevole 'limitatore della penalità' di matrice legislativa⁴⁹, rivolto ad evitare che il pluridecennale abuso ermeneutico della clausola *ex art.* 2087 c.c., e la logica del 'senno di poi' ch'esso ha sempre generato, possano essere coltivati (anche) di fronte a rischi così sfuggenti; chi depotenzia quel 'limitatore', quindi, non rende un buon servizio alla causa del

maggioranza delle regole di condotta contenute nel d.lgs. 81/2008 succ. modd., infatti, esibisce una fisionomia altrettanto elastica e variabile: *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 354 ss.

⁴⁶ Così ad es. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in www.sistemapenale.it; CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, *ivi*, 15 giugno 2020; SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni*, *ivi*, 22 giugno 2020.

⁴⁷ Sulla tendenza a considerare il dovere di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. non solo come norma attributiva di una *posizione* di garanzia, ma pure come fonte di *doveri* prudenziali residuali e più ampi di quelli positivizzati dalla legge e dal d.v.r., v. ancora *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 65 ss.; in questo senso, di recente, anche Cass., Sez. III, 6 novembre 2018, P., in www.dejure.it, secondo cui l'art. 2087 c.c. cristallizza «una norma di chiusura che pone in capo al datore di lavoro un obbligo generico di disposizione di tutte le misure necessarie per prevenire eventuali rischi, anche se non esplicitamente richiamate da norme particolari».

⁴⁸ E se questo vale per il datore di lavoro, varrà *a fortiori*, come già anticipato, per il cittadino comune, che garante dei suoi simili non è: il *quivis*, dunque, potrà considerarsi esonerato da addebiti colposi una volta che abbia rispettato le cautele prestabilite della Pubbliche Autorità. Sulla necessità d'identificare, agli effetti dell'addebito colposo, la natura – spesso meramente precauzionale o disciplinare – delle singole misure di contenimento, v. i condivisibili rilievi di PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 503 ss.

⁴⁹ Prendendo a prestito l'efficace formula di PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021.

diritto penale costituzionale⁵⁰, esattamente come chi si sforza di minimizzare il recente *restyling* dell'abuso d'ufficio in nome di istanze repressive.

Non solo.

Normativizzando la *liaison* fra dovere di sicurezza datoriale e protocolli anti-contagio, la regola *ex art. 29-bis* chiarisce altresì che le misure concertate *afferriscono alla materia antinfortunistica*, integrando-interagendo con la disciplina del d. lgs. 81/2008 (cd. t.u.s.l.)⁵¹; e, quindi, che il datore di lavoro è *tenuto a misurarsi* con il novello rischio biologico: altrimenti realizzando l'aggravante della violazione delle norme prevenzionistiche⁵², ed esponendo sé stesso – oltre che l'ente di cui è organo – a un addebito colposo.

Si è molto discusso su contenuti e natura del cimento datoriale: se, cioè, si tratti di un autentico aggiornamento della valutazione dei rischi, con conseguente necessità di rivedere d.v.r. e/o d.u.v.r.i., oppure se possa estrinsecarsi in un mero 'piano di intervento' da collocare in appendice ai summenzionati documenti valutativi; e, chi propende per quest'ultima lettura, valorizza soprattutto l'*origine* dell'agente patogeno: il quale, promanando dall'esterno dell'organizzazione d'impresa, innescherebbe un *rischio generico* (o esogeno, o non implicato dal processo produttivo, o etiologicamente eccentrico all'organizzazione del lavoro, o pubblicistico-collettivistico, o pseudo-diretto)⁵³: al di fuori di attività sanitarie e assimilabili⁵⁴, dunque, non sorgerebbero veri obblighi (ri-)valutativi⁵⁵, bensì meramente attuativi. Ebbene, la sensazione è che la tesi che sostiene l'alterità fra normativa emergenziale e t.u.s.l., con ciò – appunto – escludendo obblighi valutativi, assuma un valore essenzialmente culturale-pedagogico: rammentando all'interprete che, di fronte a una minaccia così sfuggente, al datore di lavoro non può essere richiesto di

⁵⁰ D. BRUNELLI, *Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio covid-19*, in questa rivista, 2021, 2, 1 ss.

⁵¹ GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, 271 ss.; sulla stessa linea, v. le *Indicazioni operative per la verifica dell'applicazione dei protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento del virus Covid-19 ex art. 2 comma 6 DPCM 26.04.2020*, nota del 12 maggio 2020 a cura della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo, in www.olympus.uniurb.it.

⁵² Piaccia o non piaccia – a noi non piace, ma tant'è – la giurisprudenza ritiene pacificamente che, ai fini dell'aggravante *ex artt. 589, co. 2, 590, co. 3, c.p.*, sia sufficiente il richiamo alla (violazione della) norma *ex art. 2087 c.c.*: da ultimo Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2016, P.C. e altri, in www.dejure.it.

⁵³ Cfr. ad es. il 'position paper' di Confindustria *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19. Prime indicazioni operative* – giugno 2020, in www.sistemapenale.it, 22 giugno 2020, che però, correttamente, include il rischio-contagio fra quelli infortunistici.

⁵⁴ Per le quali il rischio-infezione costituisce pacificamente uno specifico rischio professionale: LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2020, 3, 1 ss.; PELUSI, *Ultime novità in materia di gestione del rischio da Coronavirus nei luoghi di lavoro: Decreto Cura Italia e Protocollo Condiviso*, in *Boll. spec. ADAPT*, 3, 18 marzo 2020.

⁵⁵ PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Dir. sic. Lav.*, 2019, 2, 122 ss.

avventurarsi da sé nel regno dell'incertezza nomologica⁵⁶, addomesticando un rischio che affolla la quotidianità delle persone, e quindi anche dei lavoratori quando non sono al lavoro⁵⁷. Non che tale posizione manchi del tutto di ricadute concrete, intendiamoci⁵⁸; solo che, sempre a nostro avviso, essa rischia di oscurare la natura delle cose: la doverosa calibrazione-adattamento dei protocolli condivisi, infatti, implica di necessità componenti valutative⁵⁹, dovendo il datore di lavoro apprezzare l'impatto del rischio-trasmissione su una *singolare e irripetibile* realtà organizzativa, su postazioni, attrezzature, procedure, mansioni etc., cioè, variabili *case by case*. Il tutto, peraltro, dentro un perimetro concluso che implica regolarmente contatti interumani. Vero, dunque, che il rischio-infezione incombente sui lavoratori è *qualitativamente identico* a quello che minaccia la collettività; è pure vero, però, che l'intersoggettività connaturale ai luoghi di lavoro *incrementa quantitativamente* quel coefficiente, differenziandolo e quindi *specificandolo* rispetto a quello che insiste sui 'non lavoratori'⁶⁰. D'altro canto, anche il riferimento alla categoria del 'rischio generico', in tanto in quanto funzionale a sollevare il datore di lavoro dalla valutazione-gestione dell'emergenza sanitaria *intra moenia*, è già in astratto spiazzante, discostandosi dalla tradizionale tassonomia sistematica in materia: quell'inquadramento, infatti, è sempre servito a *distribuire* debiti di sicurezza, *non già a neutralizzarli*. Nel settore degli appalti, ad esempio, la nozione identifica una tipologia di rischi - quelli macroscopici⁶¹ e quelli strutturali⁶² - sottratti alla gestione dell'appaltatore e *affidati alle cure del committente*⁶³. In conclusione: il rischio-trasmissione virale fatica a essere costretto nella griglia definitoria ricevuta, trattandosi di fattore etiologicamente esogeno che tuttavia, una volta collaudato sull'ambiente di lavoro, esibisce connotati inevitabilmente differenziali.

⁵⁶ Tanto più considerando che le stesse Autorità Pubbliche hanno avocato a sé quel potere selettivo-valutativo in cui si esprimono l'autonomia e la signoria del datore di lavoro sulla propria organizzazione: PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Dir. sic. Lav.*, 2019, 2, 98 ss.

⁵⁷ PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Dir. sic. Lav.*, 2020, 1, 117 ss., spec. 129 ss., il quale, sulla base di questo e altri argomenti, esclude l'insorgenza di veri obblighi (ri-)valutativi.

⁵⁸ Mettendo in campo la sanzione amministrativa (prevista dalla legislazione emergenziale 'speciale') in luogo di quella penale contravvenzionale (*ex d. lgs. 81/2008*) nel caso di trasgressione delle misure di contenimento, salvo che non sia diversamente - ed espressamente - stabilito: v. ancora PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 102, 98 ss.

⁵⁹ Sost. conf. RIVERDITI, AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020, 3, 1 ss.

⁶⁰ Ovvio, poi, come il 'grado' del rischio-infezione aumenti esponenzialmente per le mansioni che comportano contatti con soggetti esterni all'organizzazione aziendale (es. addetti ai rapporti di fornitura): cfr. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁶¹ Ossia riconoscibili da chiunque, a prescindere dal possesso di competenze specialistiche: *ex multis* Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 42347, in *Giur. it.*, 2014, 700 ss.; Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 22032, S. e altri, in *www.deiure.it*; Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2018, P. e altri, in *www.olympus.uniurb.it*.

⁶² Ossia insiti nell'ambiente di lavoro e nella conformazione generale del cantiere: v. ad. es. Cass., sez. IV, 6 agosto 2009, D. e altri, in *www.deiure.it*; Cass., Sez. IV, 17 marzo 2021, n. 14627, C. e altri, *ivi*.

⁶³ Direttamente o per tramite di responsabile dei lavori e coordinatori: *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 379 ss.

Se può essere escluso, cioè, un momento valutativo-selettivo autonomo e libero «a valle» del datore di lavoro, è tuttavia indiscutibile che questi sia chiamato a scrupolosamente adattare le misure protocollari prestabilite «a monte», *rivedendo per l'effetto l'assetto organizzativo*: sia in funzione della tutela dei lavoratori, i quali, come già segnalato, sono esposti a un rischio Covid-19 differenziale e maggiore di quello che grava sui ‘non lavoratori’⁶⁴; sia anche, di riflesso, in funzione della tutela della salute pubblica⁶⁵.

2. *Causalità e illeciti di danno individualizzato*. Diciamolo sottovoce: nei panni di un datore di lavoro, non ci preoccuperemmo un granché di colpa e condotte colpose, neppure se la violazione della cautela fosse *ex se* punibile⁶⁶. La vera selezione penalistica sta infatti a monte, restando affidata all'accertamento della causalità individuale: a costituire l'autentico imbuto punitivo, cioè, è la prova *b.a.r.d.* del nesso di eziologico fra l'omissione delle misure di contenimento e l'evento-malattia (o l'evento-morte) che ha colpito l'operaio Gianni, il d.g. Lucia, il consulente Luca, e via dicendo.

Omissione che, in teoria, ben potrebbe essere solo *con*-causale rispetto all'infezione e alla relativa *magnitudo*: le precondizioni individuali ‘di fragilità’ che facilitano l'attecchimento del virus e accelerano o aggravano la parabola della malattia, magari conducendo ad esiti letali (cd. morti *con* coronavirus), mal si prestano a essere considerate fattori interruttivi *ex art.* 41, co. 2, c.p.⁶⁷, implicando al contrario un irrobustimento dell'accusa (aggravando il fatto *ex art.* 590 c.p., oppure mettendo in campo la fattispecie *ex art.* 589 c.p.)⁶⁸.

Perché?

⁶⁴ Conf. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Dir. sic. Lav.*, 2020, 1, 1 ss.

⁶⁵ V. anche *infra*, § 3.

⁶⁶ A titolo contravvenzionale o amministrativo: nel primo caso, infatti, risulterà esperibile il meccanismo estintivo *ex art.* 19 ss. 758/1994, mentre nel secondo resta aperta la possibilità del pagamento in misura ridotta *ex d.lgs.* 285/1992: GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, 26 marzo 2020.

⁶⁷ Esattamente come il contegno imprudente del lavoratore, che la giurisprudenza maggioritaria considera incapace di spiegare *ex se* la causazione dell'evento: Cass., Sez. I, 8 agosto 2000, A. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 216904; Cass., Sez. V, 6 aprile 2002, Izzo, *ivi*, n. 222055; *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2^a ed., Torino, 2021, 398.

⁶⁸ Sost. conf. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da SARS-COV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *www.laegislazionepenale.eu*.

Sempre in ragione delle peculiarità intrinseche (irricoscibilità e ubiquità) e dei canali-modalità di trasmissione (in massima parte ignoti) del virus: che, oltre a imporre il sostanziale abbandono della colpa generica, incidono già sul piano della (pura) tipicità oggettiva, sollecitando un inedito ragionamento causale, e, soprattutto, rendendo *regolarmente impossibile* la prova particolaristica.

Qui, in altre parole, emerge con insolita evidenza l'interdipendenza fra causalità generale e causalità individuale⁶⁹, posto che, a rendere di fatto impraticabile il test di probabilità logica, sono le profonde lacune che affliggono il sapere tecnico-scientifico.

Ed in effetti, come collaudare con successo uno bagaglio cognitivo così claudicante (*retro*, § 1.1.) sul *case*, sul singolo contagio-malattia-morte, escludendo serie causali alternative?

Come affermare 'al di là di ogni ragionevole dubbio', ad es., che il d.g. Lucia è stata contagiata *via* aerosol dall'operaio Mario, il quale, nonostante sapesse di esser stato a stretto contatto con positivi confermati, si è incautamente avvicinato alla dirigente per offrirle un caffè, e non invece dal medico (infetto e) con mascherina male applicata con cui la donna, una settimana prima, aveva interagito in occasione di una visita di routine? E come escludere, ancora, che stessa Lucia abbia contribuito in modo decisivo - se non proprio causalmente assorbente⁷⁰ - a procurarsi l'infezione strofinandosi imprudentemente gli occhi dopo avere manipolato il citofono condominiale contaminato da un postino imprudente; dopo avere accarezzato i capelli di un compagno d'asilo del figlio aspersi dalla 'saliva virale' dell'allenatore di calcio; oppure dopo avere prelevato una busta di plastica (superficie certamente ospitale) o un cartone tetra brik (superficie sospettamente ospitale) 'contaminati' da chissà chi al supermercato? E se l'infezione si manifesta in un convivente di Lucia a breve distanza dal caffè con Mario, chi ha infettato chi?

La verità, è che con un patogeno potenzialmente presente in ogni piega del vivere quotidiano, e di cui la scienza, ancora oggi, conosce solo embrionalmente resistenza, capacità infettante e modalità di trasmissione; con una *web of causation*, cioè, così straordinariamente ricca, aperta e incerta, la prova della causalità-causazione di *quel* singolo contagio sarà esperibile solo in casi di isolazionismo estremo: come nell'ipotesi di un anziano costretto a casa prima

⁶⁹ MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *Cass. pen.*, 2020, 3106 ss.

⁷⁰ Sul punto, più in generale, v. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte, in www.penalecontemporaneo.it.

che il focolaio epidemico assediava il suo quartiere, e che ha interagito esclusivamente col rider (infetto e) incauto che gli consegnava la spesa a domicilio; o, a tutto concedere, come negli scenari professionali simil-segregazionisti di cui diremo nel prossimo paragrafo.

Che poi, lavorando di fantasia retrospettiva, verrebbe da chiedersi: e se poi risulta che il rider non era infetto? Magari l'anziano ha contratto il virus manipolando imprudentemente barattoli di fagioli ospitanti particelle virali di altri. Ma di chi? Possiamo pensare al personale del supermercato, ma anche a un avventore poco attento alle regole del *self service* in tempo di pandemia: davvero impossibile, insomma, ripercorrere a ritroso la catena e identificare l'untore⁷¹. D'altro canto, se in capo a chi gestisce un supermercato e, per ciò, assume il ruolo di garante dell'incolumità (anche) dei clienti-terzi che frequentano quel luogo⁷², è astrattamente pensabile un obbligo di (sistematica) sanificazione dei prodotti esposti in vendita, sembra (più) arduo teorizzarne uno analogo in capo ai riders⁷³.

In contesti-luoghi di lavoro 'normotipici', ossia frequentati mediamente per 8/9 ore al giorno dagli addetti – che appunto, terminato il turno, dismettono quei panni 'specifici' per tornare a essere 'generici' membri della collettività – l'affermazione di responsabilità *ex artt. 589, 590 c.p.* incontrerà dunque gli stessi ostacoli accertativi dell'azione punitiva diretta verso il 'non datore': giacché, come già detto, le occasioni di contagio *extra*-professionali sono altrettanto ed anzi più numerose di quelle che costellano una (virtuosa, attenta) organizzazione aziendale⁷⁴.

È vero, dunque, che il datore di lavoro agli effetti prevenzionistici è tenuto a misurarsi col rischio-contagio, e che, se non si attiva (o si attiva inadeguatamente) realizza l'aggravante della 'violazione della norma antinfortunistica' *ex art. 2087 c.p.*⁷⁵, così esponendosi a potenziali addebiti *ex artt. 589, 590 c.p.* e,

⁷¹ Salvo tecniche di sequenziamento genomico, giustamente definite – ad oggi – fantascientifiche da CASTRINUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali*, in www.laegislazionepenale.eu.

⁷² Sull'estensione del dovere di sicurezza del 'datore di lavoro prevenzionistico' ai terzi che frequentano o intersecano i luoghi di lavoro, v. di recente Cass., Sez. IV, 13 gennaio 2014, B., in www.olympus.uniurb.it; Cass., Sez. IV, 11 aprile 2016, G., *ivi*; Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2020, B. e altri, in www.dejure.it; Cass., Sez. IV, 12 febbraio 2020, T., *ivi*; Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2021, M. e altri, *ivi*.

⁷³ Considerati creditori di sicurezza, piuttosto che relativi debitori *pro quota*: MUNICCHI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro dei riders ai tempi del Covid-19*, in www.questionigiustizia.it.

⁷⁴ PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro*, cit., 102.

⁷⁵ O di più specifiche regole prevenzionistiche *ex d.lgs. 81/2008*, qualora calzino sulla concreta condotta trasgressiva: GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale*, cit., 290 ss., *ivi* anche per gli opportuni richiami.

par ricochet, coinvolgendo *ex art. 25-septies* d.lgs. 231/01 l'ente di cui è *manus* – sempre che, naturalmente, il virus contratto 'in occasione di lavoro' non sia rimasto sottotraccia, ma abbia effettivamente prodotto o coprodotto la correlata patologia da Covid-19⁷⁶.

È pure vero, però, che la compiuta integrazione dell'illecito *ex* d.lgs. 231/01 esige la realizzazione-dimostrazione di *tutti* gli elementi costitutivi della fattispecie obiettive di omicidio o lesioni, *nesso causale incluso*⁷⁷.

Ecco perché, nelle ipotesi di omesso o sciatto *Covid-19 risk management* (es. mancata fornitura di soluzioni disinfettanti o soluzioni inadeguate; mancata distribuzione di mascherine o mascherine inidonee; mancata vigilanza sul rispetto del distanziamento interpersonale), ferma la responsabilità a titolo amministrativo o, al più, contravvenzionale⁷⁸, l'imputazione dell'evento-malattia all'apicale aziendale, e quindi *anche* la relativa ascrizione all'ente, saranno regolarmente impossibili: giacché, trattandosi di rischio ubiquitario, ben difficilmente potranno essere escluse serie causali alternative alla violazione prevenzionistica.

Pure qui, insomma, la prova particolaristica sarà raggiungibile solo in ipotesi del tutto eccezionali e un poco surreali: come nel caso del lavoratore che, nei quindici giorni precedenti la manifestazione del malanno, non ha interagito con nessuno (parenti, amici, fidanzati, figli in età scolare, visioni, etc.), ha sempre raggiunto il lavoro con mezzi propri e in perfetta solitudine, non ha praticato sport al di là delle mura casalinghe, non è mai uscito a far spese, ha sempre manipolato superfici provatamente o sospettamente ospitali con le dovute cautele, etc.

Al netto di prevedibilità e fatto tipico colposo, entrambi pianamente identificabili, sono quindi gli sbarramenti accertativi che affollano il piano della causalità ad impedire al 'penale che conta' di arrivare fino in fondo: e ciò, appunto, sia fuori che dentro i luoghi di lavoro.

Peraltro, e neppure troppo per inciso, il discorso vale *a prescindere* dalla natura della condotta inosservante; come nel caso commissione (comune cittadino), infatti, anche in quello di contegno omissivo (di regola ascrivibile al datore-garante) si manifesteranno asperità probatorie difficilmente sormontabili

⁷⁶ Così, correttamente, VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 3, 1343 ss.; *contra*, ma senza convincenti argomentazioni, LANDOLFI, FRANCHI, *L'emergenza COVID-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in *Pen. dir. proc.*, 2020, § 3.

⁷⁷ Si tratta di un dato pacifico, che non ha nulla a che vedere con la riferibilità dei criteri dell'interesse e/o vantaggio alla sola condotta inosservante: VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 3 s.

⁷⁸ ACCINNI, *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19". Ritorno al futuro del diritto penale*, in www.sistemapenale.it.

già sul piano della causalità in senso condizionalistico: non perché è scientificamente incerto il rapporto di derivazione eziologica fra SARS-CoV-2 e malattia da Covid-19, che anzi è auto-evidentemente lineare (a causa unica, mono-fattoriale, microbiologico)⁷⁹, ma perché sono scientificamente incerti tempi e modi di trasmissione del patogeno⁸⁰, la cui onnipresenza apre a una rete infinita di possibili fattori causativi alternativi che, di fatto, renderà per lo meno dubbia la contrazione del virus dentro l'ambiente di lavoro.

La sensazione, insomma, è che lo slancio punitivo sia – doverosamente – destinato ad arrestarsi *ben prima* della causalità della colpa e del test di evitabilità⁸¹: non potendo identificare con passabile certezza il *dove* e il *quando* della contrazione, rimarrà altrettanto indimostrabile, e prima ancora astrattamente impensabile, *già il suo legame eziologico con la violazione prevenzionistica*.

In conclusione, l'inedito patogeno conduce a scenari causali altrettanto inconsueti: implicando il mescolamento fra profili cognitivi e fattuali, palesa l'intersezione sinergica fra il piano della causalità generale e quello della causalità individuale; e ci lascia in eredità un nuovo *hard case*: quello, cioè, caratterizzato da una eziopatogenesi *certa e lineare*, ma, al contempo, da una molteplicità *incerta e non localizzabile* di ponti di trasmissione.

2.1. *Colpa e causalità in contesti professionali marginalizzati*. A parte gli esordi dell'emergenza, che hanno messo impietosamente a nudo gravi inadeguatezze sistemiche (organizzative, strumentali, informative) le quali, a loro volta, non possono non aver reso scusabili imprudenze altrimenti colpevoli⁸²; a parte questa prima fase, dicevamo, qualche spazio per addebiti *ex artt.* 589, 590 c.p. a carico degli attori della sicurezza, e quindi anche dell'ente in cui sono incardinati, potrebbe forse essere identificato nell'ambito di contesti professionali caratterizzati da un azzeramento o, comunque, da una importante li-

⁷⁹ DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da SARS-COV-2*, cit., 3 s.

⁸⁰ Coglie perfettamente tale difetto scientifico-epistemologico CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia*, cit., 28 ss.; v. anche *retro*, § 1.1.

⁸¹ Altrettanto e forse più problematico, visti – ancora una volta – i dubbi scientifici che continuano a circondare l'efficacia neutralizzante-minimizzante il rischio delle misure di contenimento (es. mascherine chirurgiche): OLIVA *et al.*, *La pandemia di Covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2, 1005 ss.

⁸² In tema, con speciale riguardo al settore sanitario, v. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.la-legislazionepenale.eu.

mitazione dei contatti con l'esterno: le strutture sanitarie e assimilabili⁸³, anzitutto, ma anche quelle *lato sensu* detentive⁸⁴.

Lo spunto non è nuovo, essendo stato da più parti segnalato come, in relazione a perimetri lavorativi 'chiusi', la prova della causazione individuale sia più agevole, riducendosi significativamente il ventaglio delle occasioni alternative di contagio⁸⁵; di qui, non solo la praticabilità di una colpa penale dei vertici (ospedalieri, penitenziari, di RSA, etc.), ma anche la realistica possibilità di accertare il nesso eziologico fra l'omissione delle misure anti-contagio e la malattia manifestatasi in addetti e/o ospiti della struttura⁸⁶.

Ora, il rilievo è parzialmente condivisibile, e va meglio sviluppato.

La semplificazione-alleggerimento del percorso accertativo causale, infatti e di regola, *non riguarda l'infezione contratta dal personale* (es. agenti di polizia penitenziaria, OSS e infermieri di RSA, medici operanti in 'reparti COVID' di presidi ospedalieri): per quanto si tratti di lavoratori esposti a una quota di rischio maggiore di quella che circonda gli altri prestatori di lavoro⁸⁷, anche in ragione delle più estese tempistiche di permanenza nel perimetro, resta il fatto che essi *tornano quotidianamente in contatto con l'ambiente esterno*: che, come detto, pullula di serie causali alternative.

Tale semplificazione, viceversa, può essere apprezzata con riferimento all'infezione che colpisce chi staziona *intra moenia* in condizioni di sostanziale segregazione: detenuti, pazienti, assistiti 'h 24' di RSA. Qui sì, che diventa tutto sommato dimostrabile con metro penalistico (almeno) una causalità della condotta inosservante: perché il nuovo coronavirus - almeno da quanto sappiamo ad oggi - può penetrare la struttura solo attraverso esseri umani che ne varcano la soglia, ed è chiaro che, se il garante ivi non fa allestire idonei ed efficienti 'punti di monitoraggio e selezione' di quei potenziali vettori (personale, fornitori, visitatori, etc.), non solo renderà sé stesso rimproverabile per colpa lavorativa, denotando altresì la colpa organizzativa dell'ente di cui fa

⁸³ Attualmente, infatti, sono disponibili protocolli e linee guida dedicati, tutti gratuitamente consultabili in www.salute.gov.it.

⁸⁴ Come ad es. i centri di permanenza per i rimpatri: AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., 249.

⁸⁵ DI GIOVINE, *Coronavirus*, cit., § 3; ID., *Ancora sull'infezione da SARS-COV-2*, cit., 5; PAGANI, *Responsabilità penali da rischi di contagio*, cit., 8 s.;

⁸⁶ Sulla configurabilità di una colpa lavorativa-organizzativa dei vertici ospedalieri per l'infezione contratta *intra moenia* dal personale sanitario e dai pazienti, v. ad es. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 85 ss.; CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario: riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, *ivi*, 2020, 5, 5 ss., 18.

⁸⁷ CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo*, cit., 9.

parte⁸⁸, ma finirà per ridurre essenzialmente *ad unum* le precondizioni *con-*causative dell'evento lesivo (identificabili, appunto, nel mancato allestimento di un adeguato 'check point')⁸⁹.

3. *Casualità ed epidemie*. Se abbiamo titolato *causalità*, anziché *causabilità*, c'è una ragione precisa: perché, nella loro lettura più convincente, gli illeciti *ex artt. 438, 452 c.p.* contengono in sé almeno due fatti di veicolazione virale, e quindi due risultati naturalistici, due eventi-contagio.

Si tratta insomma di illeciti di danno qualificato da (macro-)pericolo: il quale ultimo ne costituisce sì la cifra identitaria⁹⁰, ma non ne esaurisce la struttura. In altri e più grossolani termini: prima l'untore *deve contagiare* due o più persone (quattro colleghi, cinque infermieri, otto compagni di squadra), generando un mini-*cluster* epidemico⁹¹; saranno poi tali 'infettati primari', scorrazzando in giro, *a dover innescare* il pericolo per l'incolumità pubblica, un rischio-contagio, cioè, per una cospicua fetta di popolazione⁹².

Il macro-evento di pericolo, dunque, *non* costituisce una *conseguenza immediata* della condotta di diffusione, la quale può coinvolgere un numero circoscritto, volendo assai

⁸⁸ È vero infatti che l'irruzione del rischio-contagio (anche) dentro i luoghi di lavoro non implica necessariamente una revisione del MOG, là dove quest'ultimo già contempra «i presidi generali [che] individuino le basi per l'adozione di un sistema gestionale» idoneo a prevenire i fatti *ex artt. 589, 590 c.p.*: v. il 'position paper' di Confindustria *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19*, cit., 3 ss.; è vero cioè che, salvo casi particolari, un MOG che si limitasse a garantire la 'organizzazione della organizzazione' anti-coronavirus continuerebbe a essere idoneo, e quindi, in tesi, a esimere da 'responsabilità 231'; è pure innegabile, però, che il d.v.r. costituisce *parte integrante* del modello *ex art. 30 d.lgs. 81/2008: AMATI, Art. 30. Modelli di organizzazione e di gestione*, in *Norme penali e processuali, III, La nuova sicurezza sul lavoro*, a cura di Insolera, Bologna, 2011, 44 ss. Va da sé, quindi, che la valutazione dell'impatto diretto e indiretto del rischio-Covid sull'assetto organizzativo, di cui dovrà darsi atto nel d.v.r. o, per lo meno, nelle sue appendici (v. *retro* § 1.1.), non potrà che influire sui contenuti del modello. Tutto ciò, senza contare i mutamenti che l'emergenza sanitaria sollecita in punto di efficace attuazione del MOG, a cominciare dal rafforzato monitoraggio cui è chiamato l'OdV: *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2^a ed., cit., 407 s.

⁸⁹ Ché poi, qualora il virus sia stato introdotto nella struttura da intranei aziendali (es. OSS di RSA) non adeguatamente monitorati 'in ingresso', ma non sia identificabile l'autore dei singoli contagi, potrebbe comunque entrare in gioco il principio di autonomia *ex art. 8 d.lgs. 231/01*: in argomento, sia consentito il rinvio a VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, in *Criminalia*, 2020, 651 ss.

⁹⁰ In tema, v. per tutti GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino, 2005, 348 ss.

⁹¹ Sono le cd. vittime primarie della diffusione interumana, il cui danno personale integra l'evento naturalistico di reato: CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale*, cit., 25 ss.

⁹² Vale a dire una moltitudine indeterminata di persone: v. ancora GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 350 ss., ivi anche per gli accurati richiami giurisprudenziali.

circoscritto, di persone⁹³: la prima catena causale, in altre parole, non deve necessariamente interessare ‘gruppi rilevanti di popolazione’⁹⁴.

Ed è proprio in ciò, *nell'accertamento del primo anello causale*, che ci pare stia il più imponente ostacolo all'*enforcement* di tali figure criminose nei luoghi di lavoro.

Non nella natura (che si vorrebbe solo attiva) e nella forma (che si vorrebbe vincolata) della condotta di reato⁹⁵, trattandosi di connotati niente affatto imposti dalla descrizione tipica⁹⁶: la quale anzi, non preselezionando particolari modalità realizzative, apre alla possibilità che l'agente sia esso stesso il patogeno⁹⁷, da un lato e, dall'altro, consente di (co-)responsabilizzare chi, pur avendone l'obbligo, non ha circondato i potenziali vettori di presidi anti-diffusione⁹⁸.

Non nella finitezza e nella sostanziale chiusura del luogo di propagazione (es. RSA, reparti 'Covid', stabilimenti produttivi, complessi alberghieri, carceri), e quindi nella ridotta e altrettanto finita platea delle persone esposte a pericolo di contagio: è vero, infatti, che il concetto penalistico di epidemia è più ristret-

⁹³ Considerati i connotati intrinseci del nuovo coronavirus (diffusività, ingovernabilità, autonomia trasmissibilità, etc.), in effetti, diventa tutto sommato ragionevole accontentarsi di *un solo* 'contagiato primario': insinuano simile ipotesi BATTARINO, NATALE, *Reati dell'epidemia*, cit., 14.

⁹⁴ Così, invece, CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 30 marzo 2020, § 3.3; RAFFAELE, *Il delitto di epidemia tramite contagio*, cit., 36, 38; tende a sovrapporre pericolo di contagio (primario) e pericolo di (successiva) diffusione massiva anche AGOSTINI, *Pandemia e "penademia"*, cit., 238.

⁹⁵ V. ad es. Cass., Sez. I, 12 dicembre 2017, G., in *Cass. pen.*, 2018, 3214; *contra* Cass., Sez. IV, 4 maggio 2021, in www.giurisprudenzapenale.com, la quale, richiamando le argomentazioni proposte dal giudice di merito, ribadisce che gli enunciati *ex artt.* 438, 452 c.p. descrivono una «condotta commissiva a forma vincolata di per sé incompatibile con una responsabilità a titolo di omissione e, quindi, con il disposto dell'art. 40, comma secondo, c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera».

⁹⁶ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, V., in www.sistemapenale.it; PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, *ivi*.

⁹⁷ Non esige, cioè, una separazione fisica fra l'oggetto (il materiale virale) e il soggetto (chi diffonde quel materiale), così includendo nel raggio dell'incriminazione (anche) la diffusione *via* contatto interumano: 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*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 179 ss.

⁹⁸ Con ciò co-producendola: CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, 2, II, *I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Marinucci, Dolcini, Padova, 2014, 2 ss.; DI MAIO, *Il diritto penale ai tempi del Covid-19 tra soluzioni emergenziali e presunti deficit di legalità costituzionale*, in *Riv. Comm. Dir.*, 2020, 2, 1 ss.; PERROTTA, *Verso una nuova dimensione*, cit., § 5.1; PIRAS, *Sulla configurabilità*, cit., § 2. *Contra* ALOJA, *La responsabilità penale del datore di lavoro per contagio da covid-19*, in *Obblighi di sicurezza e responsabilità di impresa al tempo del Covid-19*, cit., 229 ss.; BARTOLI, *La responsabilità colposa medica*, cit., 89 s.

to di quello di cluster epidemico in senso medico-scientifico⁹⁹, e che, quindi, dentro a strutture isolate che ospitano un numero limitato di persone, non è immaginabile una ‘epidemia giuridico-penale’¹⁰⁰; è pure vero, però, che il personale va e viene, e che agli stessi ospiti, anche durante la permanenza, sono concesse occasioni di contatto diretto (es. permessi premio) o indiretto (es. visite dei familiari) con l’esterno: ovvio perciò che, se contagiati *intra-moenia*, gli uni e gli altri porteranno o, comunque, potranno ‘spedire’ il virus al di fuori della struttura: generando – stavolta sì – quel pericolo di ulteriore diffusione massiva che costituisce il cuore degli illeciti in discorso¹⁰¹; e rendendo *in parte qua* plausibile l’addebito a carico del datore che non ha compresso il rischio-diffusione ‘in uscita’, o che non ha adeguatamente protetto gli estranei ‘in entrata’, così contribuendo a renderli veicoli epidemici una volta tornati all’esterno¹⁰².

Infine, astuzie semantiche a parte¹⁰³, va da sé che i connotati intrinseci del virus SARS-CoV-2, la cui rapida, agevole, autonoma e sostanzialmente ingovernabile attitudine espansiva è fuori discussione, consentano di ritenere sussistente *in re ipsa* un effettivo pericolo per l’incolumità pubblica¹⁰⁴ o, se si preferisce, un evento epidemico *ex art. 452 c.p.*¹⁰⁵.

⁹⁹ Connotato, appunto, da una diffusione circoscritta e contenuta dentro un perimetro isolabile: GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 350 ss.; Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, V., cit., 9 ss.

¹⁰⁰ Potendo al più entrare in gioco gli illeciti di danno individualizzato *ex artt. 589, 590 c.p.* – sempre che sia dimostrato *b.a.r.d.* il nesso causale: PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., § 4; PERROTTA, *Verso una nuova dimensione*, cit., § 5.2.1; *contra* STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 2003, 3940 ss., 3955.

¹⁰¹ Conf. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., § 5.

¹⁰² Quanto al rischio-veicolazione ‘in uscita’, pensiamo ad es. al datore di lavoro sanitario (o assimilabile) che consente la dimissione di degenti e/o assistiti senza averne prima riscontrato con certezza la negatività; oppure al datore di lavoro non sanitario che non fornisce idonei d.p.i. al personale, non avvisa le autorità sanitarie competenti nonostante i sintomi influenzali manifestati e/o dichiarati dal lavoratore durante la prestazione, oppure non collabora con le stesse autorità per l’identificazione dei ‘contatti stretti’ di una persona presente in azienda risultata positiva al tampone: cfr. *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID 19 negli ambienti di lavoro* del 6.4.2021, cit., 14 s. Un esempio paradigmatico di difettosa compressione del rischio-diffusione ‘in entrata-uscita’, invece, è quello del datore di lavoro che non fa allestire idonee barriere di protezione nei locali destinati a visite e/o colloqui.

¹⁰³ VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, cit., 1345, secondo cui il più ampio contesto *pandemico* ‘assorbirebbe’ fenomeni *epidemici*, rendendoli non più immaginabili-causabili.

¹⁰⁴ CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo*, cit., 10 s., ivi anche per l’intelligente proposta di utilizzare gli indici R o R₀ per stabilire se il fatto che ha portato al ‘primo contagio’ abbia (o meno) innescato un effettivo pericolo di diffusività epidemica.

¹⁰⁵ Intendendosi per tale una malattia dal rapido, autonomo e incontrollabile sviluppo entro un numero indeterminato di soggetti, la quale reca con sé, «in ragione della capacità di ulteriore espansione e agevole propagazione del contagio, un pericolo di infezione per una porzione ancor più vasta di popolazione»: Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, cit., 11 s.; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, V., cit., fra l’altro in

Il tutto, peraltro, senza considerare che qui, a differenza di quanto accade per i reati di omicidio e lesioni (*retro* § 1), parrebbero trovare più agevolmente spazio imputazioni a titolo di dolo¹⁰⁶: giacché, oltre a essere oramai note a tutti l'eccezionale capacità diffusiva e l'indomabilità del virus, sarebbe sufficiente che l'autore si rappresenti – e voglia – il contagio (la trasmissione del SARS-CoV-2), non anche le sue specifiche conseguenze (che, come detto, spaziano imprevedibilmente dal nulla alla morte).

Ma, come dicevamo poc'anzi, il vero punto problematico sta nell'antecedente causale dell'epidemia *ex artt.* 438, 452 c.p.: nella prova, cioè, del nesso etio-logico fra l'omessa predisposizione di cautele contro la diffusione virale interumana ed i contagi 'primari' che fungono da 'trampolino' al pericolo epidemico; *in relazione a questa prima e naturalistica sequenza causale*, in effetti, paiono riproporsi gli stessi ostacoli che costellano il percorso accusatorio *ex artt.* 589, 590 c.p. (*retro* § 2): trattandosi di patogeno ubiquitario che non si sa bene dove e quanto resiste, né come e quando passa, ben difficilmente potrà essere affermato con passabile certezza che il SARS-CoV-2 è stato contratto dal d.g. Lucia, dall'operaio Mario, dal fornitore Marcello o dal visitatore Gianni proprio sul luogo di lavoro, escludendo alternative causali.

Certo, resta la teorica possibilità di adottare un diverso modello accertativo: rinunciando alla prova particolaristica dei contagi dei lavoratori Lucia e Mario (causalità individuale), e appagandosi di un evento-*cluster* «innominato» spiegabile con le poche – ma granitiche¹⁰⁷ – acquisizioni scientifiche di cui si dispone (causalità epidemiologica)¹⁰⁸. Pure questo percorso, tuttavia, si espone a diverse criticità ed è attraversato da variabili difficilmente gestibili: il numero degli infetti *intra moenia*, anzitutto, che dev'essere sufficientemente importante da rendere significativo lo studio osservazionale¹⁰⁹; la molteplicità dei fattori di confondimento, anch'essa generata da gap cognitivi, che caratterizza la coorte degli esposti¹¹⁰, specialmente ove frequentino anche l'esterno; non ultimo, la fatale inattendibilità dei dati numerici cd. di controllo relativi alla coorte dei non-esposti, composta da una consistente e invisibile percentuale di asintomatici e paucisintomatici¹¹¹.

www.federalismi.it. D'altro canto, l'epidemia in corso non esclude che il fatto di - procurato o non impedito - contagio interumano con pericolo di ulteriore diffusione possa rilevare *sub specie* di aggravamento *ex art.* 41 c.p.: PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., § 4.1.

¹⁰⁶ Sempre che il datore sia pienamente consapevole della presenza di infetti all'interno della struttura, naturalmente, e solo a fronte di note modali univocamente denotative di una volontà.

¹⁰⁷ V. ancora *retro*, § 1.1.

¹⁰⁸ Per riprendere lo schema di MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007.

¹⁰⁹ *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 399 s.

¹¹⁰ CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale*, cit., 27 s.

¹¹¹ MARZANO, *Brevi note*, cit., § 3.1.

Insomma, come gli illeciti di danno individualizzato, così anche i reati di epidemia sembrano essere – pur problematicamente – azionabili solo rispetto a contesti di lavoro isolati dalla comunità: con la differenza che i primi si prestano a sanzionare i garanti che hanno con-causato la malattia o la morte *degli ospiti* lasciando colposamente *penetrare* il virus nella struttura, mentre i secondi si rivolgono ai garanti che hanno colpevolmente *lasciato uscire* il patogeno *attraverso gli ospiti*¹¹², aggravandone le condizioni di diffusione in comunità e, quindi, *ispessendo il pericolo* per l'incolumità pubblica.

4. *Profezie che si autoavverano.* Più di un anno fa, unendoci al coro della stragrande maggioranza degli studiosi, avevamo espresso forti perplessità sulla capacità del penale di rendere giustizia alle vittime della pandemia, lavoratori inclusi; ma neppure i più ottimisti, neppure chi non ha mai davvero temuto derive deformanti e pan-penalizzanti destinate a stabilizzarsi, avrebbe mai immaginato che la magistratura, *a cominciare da quella inquirente*, raccogliesse e talvolta superasse quei preoccupati auspici, manifestando una così spiccata sensibilità individual-garantista.

Solo per restare alle morti da Covid-19 nelle strutture residenziali socio-sanitarie e socio-assistenziali: da Aosta¹¹³ a Lodi¹¹⁴, da Imperia¹¹⁵ a Bologna¹¹⁶, a Pordenone¹¹⁷, Galliciano¹¹⁸ e Montefiorino¹¹⁹, passando per Formigine e Modena¹²⁰, Bra¹²¹, Premosello¹²², Cittadella, Monselice e Bovolenta¹²³, e poi via per tutto il Paese, una pioggia di richieste di archiviazione di notizie di reato *ex artt. 589, 452 c.p.* iscritte a carico di operatori e apicali.

¹¹² Posto che, come anticipato *supra*, all'interno della struttura saranno al più apprezzabili meri focolai epidemici; e posto che, come pure anticipato, rispetto a lavoratori e terzi è essenzialmente impossibile escludere fattori causali alternativi all'omissione datoriale.

¹¹³ *Morti nelle Rsa della Valle d'Aosta, il pm chiede l'archiviazione per tutti i 13 indagati*, in www.torino.repubblica.it.

¹¹⁴ *Covid: procura Lodi, archiviazione per i 77 morti Rsa. Il procuratore, nessuna certezza su nessi causa-effetto*, in www.ansa.it.

¹¹⁵ *Covid: decessi in rsa Imperia, prime richieste di archiviazione*, in www.ansa.it, 29 luglio 2021.

¹¹⁶ *Bologna, la Procura chiede l'archiviazione per le morti nelle Rsa*, in www.bologna.repubblica.it.

¹¹⁷ *Zoppola e San Vito, la procura chiede l'archiviazione per i morti in rsa*, in www.rainews.it.

¹¹⁸ *Chiesta l'archiviazione per i morti a Galliciano*, in www.iltirreno.gelocal.it.

¹¹⁹ *Morti covid alla Cra Inchiesta archiviata*, in www.ilrestodelcarlino.it.

¹²⁰ *Modena, i famigliari delle vittime di covid nelle Cra contro archiviazioni*, in www.modena.indiretta.it.

¹²¹ *Codici: in aula per opporci alla richiesta di archiviazione sul focolaio Covid19 nella Rsa I Glicini di Bra*, in www.codici.org.

¹²² *Morti per Covid a Premosello: il pm propone l'archiviazione*, in www.lastampa.it.

¹²³ *Il procuratore chiede l'archiviazione dell'inchiesta sulle morti per Covid nelle case di riposo di Monselice, Cittadella e Bovolenta*, in www.unebaveneto.org.

Neppure rispetto ai contesti lavorativi ove gli illeciti di epidemia e omicidio avrebbero potuto godere di qualche margine operativo, dunque, il diritto giurisprudenziale ha voluto rischiare di coltivare e avallare punizioni imprevedibili, aggiungendo ingiustizie al dolore¹²⁴.

E le ragioni di questa rinuncia massiva, stando a quanto riporta la stampa, sono sempre le stesse: la scienza sa ancora troppo poco sul SARS-CoV-2 per essere interpellata e seguita dal diritto.

Forse *non solo* dal diritto penale.

Motivando la ‘riapertura’ delle scuole ‘chiusure’ dal governo e da alcune regioni, ad esempio, alcuni giudici amministrativi, nell’intento di camuffare o comunque rafforzare un onorevole ragionamento assiologico – valorizzante la centralità costituzionale dei diritti e del benessere dei giovani – hanno enfaticamente sottolineato il *difetto di evidenze scientifiche* attestanti un incremento dei contagi in ambiente scolastico, la mancanza, cioè, di analisi in grado di dimostrare picchi di positivi *riscontrati* in quei percorsi¹²⁵.

Domande velatamente retoriche: come considerare significativi *dati di riscontro* (setting domestico o lavorativo, ambiente sociale, percorso scolastico, percorsi sanitari etc.) di fronte a un patogeno ubiquo, e del quale sono in larga parte sconosciuti tempi e modi di trasmissione? Come affidarsi ad analisi scientifiche, se non esiste un sapere in grado di confermare o escludere che un ragazzo abbia contratto il coronavirus a scuola? Come appoggiare opzioni – in questo caso – aperturiste su indagini osservative sprovviste di dati di controllo affidabili¹²⁶?

La nostra sensazione, è che «non c’è evidenza che i contagi tra i ragazzi dipendano dalle scuole»¹²⁷ perché, oggi come ieri, *non ci può essere evidenza*: le stesse ragioni ‘puramente scientifiche’ addotte dei genitori ricorrenti avrebbero potuto essere proposte da ristoratori, centri estetici o istruttori di fitness. Semmai, anzi, le poche cognizioni disponibili, per di più corroborate da ac-

¹²⁴ Sulla *ingiustizia sostanziale* di pene imprevedibili, di regola irrogate per rendere *giustizia sostanziale* alle vittime, VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss., 17.

¹²⁵ V. ad es. TAR Emilia Romagna, sez. I, decreto presidenziale n. 25/2021, in www.comune.bologna.it, ove si rileva – fra l’altro – che il provvedimento regionale ‘di chiusura’ non riferisce «dati o indici specificamente e univocamente attinenti al settore della scuola secondaria di secondo grado»; nonché TAR Lazio, sez. I, ord. n. 872/21, *ivi*, che, riportando ampi brani delle relazioni scientifiche allegate dai ricorrenti, precisa che «[l]e analisi sin qui condotte non dimostrano una situazione di aumentata pericolosità a livello di aumento di contagi, diffusione di focolai scolastici, trasmissione secondaria in ambito scolastico [...]».

¹²⁶ *Retro* § 3.

¹²⁷ *Scuola, il Tar: il governo riesamina entro il 2 aprile il Dpcm che prevede la chiusura in zona rossa*, in www.repubblica.it.

creditate indagini meta-analitiche¹²⁸, avrebbero suggerito di tenere serrati *tutti* i luoghi che moltiplicano le occasioni di contatto interumano fino al raggiungimento dell'immunità di gregge.

Ma, questa, è solo l'impressione di un profano che s'è concesso una piccola e spericolata escursione al di là del proprio orticello.

¹²⁸ Cfr. l'ampia e istruttiva relazione di VINCETI, *Trasmissione dell'infezione da SARS-CoV-2: ipotesi e certezze*, svolta in occasione dell'incontro-webinar *Trasmissione del Covid-19, responsabilità da contagio e reati di evento*, Modena, 12 aprile 2021, in <https://www.youtube.com/watch?v=4pJJE9NEXMs&t=7582s>.