

**CONFRONTO DI IDEE SU: LE DEROGHE ALLA LEGALITÀ
TRA EMERGENZA ATTUALE E STABILIZZAZIONE FUTURIBILE**

VICO VALENTINI

**Profili penali della veicolazione virale:
una prima mappatura**

Il contributo contiene una concisa e pragmatica riflessione su potenzialità e limiti del sistema repressivo messo in campo per gestire l'emergenza COVID-19: segnalando la difficile praticabilità dei reati con evento naturalistico, gli ostacoli che incontra l'imputazione dolosa, e le prestazioni dell'illecito ex art. 452 c.p. dopo i ritocchi di cui al d.l. n. 19/2020.

The brief paper contains some reflections on the limits of the punitive system aimed at managing the 'emergency COVID-19'; it points out problems in enforcing result-crimes, the difficulty in proving the dolus, and the performances of the offence ex Art. 452 c.c. after the l.d. no. 19/2020.

1. Nel tracciare su due piedi un perimetro di rischio penale collegato alla veicolazione del COVID-19, vien naturale iniziare dalla fine, dai reati di evento: dalle fattispecie che contemplan micro-eventi naturalistici «targati» (*lesioni e omicidio*); e da quelle che implicano l'insorgenza di macro-eventi di pericolo (*epidemie*).

2. Lesioni e omicidio, dunque.

Dolosi (magari obliquamente) o colposi (magari coscientemente o con previsione)?

Su *Il Sole 24 Ore*, un paio di settimane fa, è apparso un occhietto che faceva grosso modo così: «chi esce di casa rischia l'accusa di omicidio doloso».

Mi sembra un fuoripista, un'asserzione contraddetta dal diritto vivente (*ex multis* Cass. IV, 17.5.2006, n. 4675, Bartalini; Cass., V, 4.5.2007, n. 23383, Bipop; SSUU, 26.11.2009, n. 12433, Nocera; SSUU, 18.9.2014, n. 38343, Espenhahn).

Il dolo eventuale, infatti, implica la concreta rappresentazione della *specific* conseguenza lesiva poi occorsa. Volendo generalizzare: dello *specifico* illecito poi realizzato. Quella dolosa, insomma, è una rappresentazione profilata (S. CANESTRARI in *Dir. pen. cont.*, 6.2.2013), la cui dimostrazione s'appoggia su rischi altrettanto univoci (I. PUPPE, *Strafrecht AT*², Baden-Baden, 2010, 316).

La rappresentazione colposa, e quindi, *a fortiori*, pure la rappresentabilità della forma semplice, si appaga invece di un orizzonte visivo-cognitivo (più) vago e opaco, equivoco, multi-direzionale: basta la previsione-prevedibilità di un *qualsiasi* danno alla persona. Volendo ancora una volta generalizzare: di una *generica* illiceità penale.

Certo, pure su questo versante imputativo la componente cognitiva, effettiva o potenziale, deve poter contare su evidenze scientifiche solide, giacché solo un pericolo di danno «certo» può dirsi *concretamente* previsto/prevedibile; ma può trattarsi, appunto, di un danno a geometria variabile.

Breve: il dolo eventuale implica che l'untore colga definitivamente l'evento lesivo che l'infezione è destinata a generare; lo spettro cognitivo colposo, invece, non richiede pronostici specifici.

Ora, se è indiscusso che il COVID-19 generi o (co-)produca conseguenze lesive, non sono altrettanto certe - e, perciò, neppure pronosticabili - le *specifiche* conseguenze del *singolo* contagio: ben potendo l'infezione mai manifestarsi, esaurirsi in un lieve raffreddore, generare febbri più e meno alte, magari abbinate a dolori toracici, oppure condurre al decesso.

Ecco perché, al netto di note modali inequivocabilmente denotative di una volontà (coperte da dolo diretto-alternativo: da ultimo Cass., I, 13.4.2018, n. 43250, Alfieri), occorrerebbe orientarsi verso un addebito colposo: perché «chi esce di casa» non può essersi rappresentato la produzione di un puntuale e specifico effetto lesivo.

2.1. Una colpa, invece, ci può essere eccome: un fatto tipico *specificamente* colposo, posto che il profluvio di regole precauzionali di variegata fonte (governativa, ministeriale, sub-ministeriale, regionale e sindacale) lascia ben poco spazio alla colpa generica; e una colpevolezza colposa.

È qui, prima dei ritocchi *ex art. 4, co. 6, d.l. 19/2020*, la sensazione era che la violazione della regola cautelativa (es. tentare di baciare una vecchia fiamma nonostante si accusino sintomi influenzali) da parte di individui normotipi (imputabili) chiudesse il discorso: se ammettiamo - come dovrebbe essere - che, per muovere un rimprovero, sia sufficiente il *sospetto* di essere infetti, come escludere ragionevolmente di aver (già) contratto il virus in questo e in simili casi?

La fitta platea di paucisintomatici, in uno con le incognite e le variabili che attraversano l'evidenza scientifica - dalla forbice di latenza alla resistenza molecolare del virus, passando per il ventaglio dei materiali ospitali - dimostrano come, (almeno) in costanza di sintomatologie influenzali, il dubbio non possa essere sciolto in senso ottimistico.

Il che rimbalza, ma con opposti epiloghi, sul piano oggettivo.

2.2. Le autentiche asperità del percorso accusatorio *ex artt. 589, 590 c.p.*, in effetti, sono di natura probatoria, ed emergono sul piano della causalità-

causazione individuale.

È indubbio che il virus *danneggi* gli esseri umani; che la sua *trasmissione* necessiti di un'interazione umana ravvicinata; e che possa essere *contratto* toccando alcune superfici.

Ma, al contempo, ne sono *incerte e variabili* la resistenza molecolare e la capacità infettante (fino a 72 ore sulla plastica; fino a 48 ore sull'acciaio; meno sulla carta e sul rame), nonché il catalogo delle superfici ospitali (i capelli? Gli indumenti? E per quanto?) e le tempistiche di incubazione (da 3 a 14 giorni). Neppure sulla distanza di sicurezza minima (un metro, un metro e mezzo, due metri) e sulle dinamiche del passaggio (immediato?) esiste unanimità di vedute.

Come collaudare simile evidenza scientifica sul *case*, sul singolo contagio-lesione-morte, escludendo serie causali alternative? Anche a voler prescindere dalle precondizioni individuali di attecchimento-evoluzione, ossia dalla distinzione fra decessi 'per' e decessi 'con' coronavirus, si tratta di una prova eufemisticamente ardua.

Come dimostrare *b.a.r.d.* - riprendendo il nostro esempio - che, a contagiare la malcapitata, siano state le *droplets* dello sciagurato che ha tentato di baciarla, escludendo che la stessa abbia *contratto* il virus grattandosi il naso dopo aver manipolato un tetrapak o un barattolo 'infetti' al supermercato, magari prelevati in guanti monouso ma riposti nella dispensa a mani nude? Oppure strofinandosi gli occhi dopo aver incautamente toccato il citofono condominiale su cui un corriere Amazon aveva rilasciato goccioline di saliva virali, o dopo aver ritirato il bidone dell'umido - sempre a mani nude, e senza averle poi lavate - 'contaminato' da un operatore durante la raccolta porta a porta? Come escludere, ancora, che l'infezione sia stata *trasmessa* da un jogger passato accanto mentre stava entrando in tabaccheria, o da un infermiere incrociato in ospedale? Magari due o tre giorni prima dell'*avance*, oppure una settimana dopo? E se l'infezione si manifesta in un convivente della vittima a breve distanza dal tentato bacio, chi ha infettato chi?

La verità, è che il rischio-contagio incerto e ubiquo consente una prova particolaristica *easy* solo in casi di isolazionismo estremo: come nell'ipotesi di un anziano costretto a casa prima che il focolaio assediasse il suo quartiere, e che ha avuto contatti solo col rider (infetto e) incauto che gli portava la spesa a domicilio.

2.2.1. Va da sé che gli ostacoli accertativi che costellano l'accusa *ex artt. 589, 590 c.p.* riverberino sul piano dello 'illecito 231': la circostanza che i criteri

ascrittivi *ex art. 5 d. lgs. 231/01* vadano riferiti alla sola condotta incauta (G. DE SIMONE in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 95 ss.), infatti, non esclude che le fattispecie obiettive di lesioni e omicidio colposi debbano realizzarsi in tutti i loro elementi costitutivi, nesso causale incluso.

Sappiamo tutti che il datore di lavoro agli effetti prevenzionistici è tenuto a valutare il novello rischio biologico e ad apprestare le conseguenti misure contenitive (v. ad es. decreto Giunta Regione Emilia-Romagna, 23.3.2020), altrimenti esponendo sé stesso a responsabilità penale, e l'ente collettivo di cui è organo a responsabilità punitiva.

E in ipotesi di omesso o inadeguato *risk-management*? Nel caso, ad es., in cui il datore non metta a disposizione dei lavoratori soluzioni disinfettanti (o ne metta a disposizione con una concentrazione alcolica sotto il 65%), non distribuisca mascherine (o ne distribuisca di inadeguate), non faccia rispettare la distanza di sicurezza minima, *et sim.*?

Ferma la responsabilità individuale a titolo contravvenzionale (art. 55 TU-SicLav), l'imputazione dell'evento-malattia - e, di riflesso, la sua ascrizione all'ente - incontrerà le stesse difficoltà accertative cui facevamo cenno sopra, potendo la prova particolaristica essere raggiunta solo in casi eccezionali (ad es. lavoratori che, nelle due settimane precedenti alla manifestazione del virus, non hanno frequentato nessuno, non hanno fatto compere, non hanno praticato attività motorie all'aperto, hanno sempre manipolato oggetti e superfici con le dovute cautele, etc.).

2.3. Si potrebbe replicare: la clausola *ex art. 56 c.p.* riesce a tenere viva l'imputazione di omicidio, circoscrivendo l'accusa alla condotta di trasmissione virale - indubbiamente idonea a produrre *anche* quell'evento lesivo - e tagliando fuori tutto il resto (cfr., *mutatis mutandis*, Cass., I, 11.2.2005, n. 5436, Marangon; Cass., I, 17.4.2018, n. 17174, Olivieri). Verissimo. Peccato però che un'operazione del genere consentirebbe sì di dribblare l'ostacolo accertativo-causale sul piano oggettivo, ma ergerebbe un muro invalicabile sul piano soggettivo: essendo il tentativo realizzabile - stando alla casistica oramai stabilizzata - *almeno* con dolo diretto-alternativo. E qui, salvo casi limite (ad es. chi, sapendo di essere infetto, sputa al postino per punirlo della sua maleducazione), non sono apprezzabili neppure volontà oblique (*retro* § 2).

3. Anche una strategia repressiva che opti per l'illecito *ex art. 452 c.p.*, di primo acchito, parrebbe difficilmente sperimentabile.

Pure questa figura, infatti, esige un *evento naturalistico* (la trasmissione del virus) etiologicamente riconducibile a una *condotta materiale* (la diffusione di germi patogeni *via* contatto umano); presupponendo l'effettivo contagio di più persone (v. ad es. Trib. Bolzano, 13.3.1979, R.; Trib. Roma, 22.3.1982, M.; GUP Savona, 6.2.2008, M.V.), insomma, l'epidemia colposa parrebbe 'contenere in sé' (almeno) due o più fatti *ex art.* 590 c.p.

Certo, è vero che, secondo la migliore lettura ermeneutica (Trib. Trento, 16.7.2004, M.; Cass., I, 26.11.2019, n. 48014, T.V.), il disvalore oggettivo *ex art.* 438, 452 c.p. non sta nell'evento naturalistico *immediatamente* prodotto dall'untore, ma nell'*evento di pericolo diffuso* che, a loro volta, i 'primi contagiati' innescano: connotandosi il fenomeno epidemico penalmente rilevante per la tendenza della malattia a diffondersi rapidamente, agevolmente e autonomamente *al di là* del primo cluster (con ciò, appunto, innescando un «pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta di popolazione»: Cass., I, 26.11.2019, n. 48014, cit.).

È vero, perciò, che quando l'infezione - come nel nostro caso - esibisce tale 'capacità diffusiva', realizza lo «antecedente causale del fenomeno epidemico» pure chi ammorba un numero non così esteso di individui (es. quattro infermieri, quindici pazienti, dieci conoscenti, due colleghi).

Tuttavia, sempre *ictu oculi*, sembrano restare in piedi i problemi accertativi che circondano la 'prima' catena causale: la dimostrazione *b.a.r.d.*, cioè, della causazione dei singoli contagi.

E allora, se così fosse, per colpire con la sanzione *ex art.* 452 c.p. il paziente che ha taciuto di avere la febbre per non rinviare un intervento di rinoplastica, contagiando tre operatori sanitari; il medico che, a dispetto dei sintomi influenzali accusati al ritorno da Milano, si è recato al lavoro come nulla fosse, infettando sette colleghi; come pure il medico legale che ha rilasciato una salma 'infetta' senz'attendere l'esito del tampone (poi risultato positivo), determinando il contagio di numerosi partecipanti alle esequie, occorrerebbe setacciare il vissuto dei singoli infettati (l'infermiere Mario, la collega Lucia, lo zio Gianni, etc.) per 'escludere cause alternative'.

Un percorso probatorio che, come dicevamo sopra, è regolarmente diabolico.

Esistono alternative teoriche che consentano di bypassare l'ostacolo e praticare l'incriminazione?

Una possibile potrebbe essere appagarsi di una spiegazione causale non individualizzata (mimando la modellistica di L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007): rinunciando

alla prova particolaristica dei singoli contagi «targati», e contentandosi di un evento naturalistico «plurale e collettivo» spiegato da evidenze scientifiche solide (è *certo* che il virus passa attraverso contatti interumani stretti e non protetti, ed è *certo* che si diffonde in modo rapidissimo e agevole).

Sia come sia, resta il fatto che il d.l. n. 19/2020 sembra aver ulteriormente ristretto il raggio del reato *ex art.* 452 c.p., intervenendo (anche) sul piano soggettivo: *infra* § 5.

4. Quanto agli illeciti di condotta messi in campo per fronteggiare l'emergenza, non ci soffermeremo sulle obiezioni in punto di legalità penale (peraltro resistibili: per una rassegna, v. ad es. G.L. GATTA in *www.sistemapenale.it*, 26.2.2020) che ha occasionato l'innesto della contravvenzione *ex art.* 3, co. 4, d.l. n. 6/2020, replicante il tipo *ex art.* 650 c.p. e destinata a presidiare l'osservanza di un oceano di prescrizioni cautelative: visto che, come oramai noto, è stata decriminalizzata con effetti retroattivi (art. 4, co. 1 e 8, d.l. n. 19/2020); e visto che, nella gestione di una inedita emergenza sanitaria globale, il fioretto può essere riposto (v. ora le riflessioni di L. CARLASSARE in *www.massimedelpassato.it*, 1.4.2020; e l'intervista a C. CARUSO e G. LATTANZI in *www.giustiziainsieme.it*, 2.4.2020).

Piuttosto, resta il problema della disorientante *qualità e instabilità* delle regole precauzionali (oggi) presidiate da sanzione amministrativa: al di là dell'abuso della tecnica del rinvio (pur giustamente stigmatizzato da S. CASSESE in *www.corriere.it*, 23.3.2020), insomma, sono soprattutto la vaghezza di quegli enunciati, ed i continui ritocchi ch'essi subiscono, a rendere estremamente sfuggente l'area del consentito/vietato. Anche per chi maneggia per professione norme giuridiche.

Cosa significa, ad esempio, 'in prossimità della propria abitazione' (è il perimetro in cui è consentita la 'attività motoria': art. 1, co. 1, lett. *b*, ordinanza Min. salute 20.3.2020, richiamata dall'art. 1, DPCM 1.4.2020)? È un concetto che va calibrato sulle singole discipline sportive, oppure si vogliono vietare implicitamente quelle che non possono essere praticate a 50, 100 o 200 metri da casa? Quindi: sì yoga e corpo libero in camera o in giardino (per chi ce l'ha), no jogging e ciclismo?

Pure il concetto di 'necessità' tollera declinazioni diversificate e imprevedibili, per quanto il legislatore emergenziale si sia sforzato di puntualizzare (cfr. ad es. il più recente 'modello di autocertificazione', ove si specifica che gli spostamenti sono 'necessitati' quando non oltrepassano il territorio comunale, rivestono «carattere di quotidianità» o, comunque, «siano effettuati abitual-

mente in ragione della brevità delle distanze da percorrere»): lo scrutinio di necessità si estende *anche* alla natura dell'attività disimpegnata fuori casa? Financo alla *tipologia degli alimenti* che un cittadino decide di acquistare? Davvero è pensabile sanzionare qualcuno che si limita a comprare bevande alcoliche al supermercato, perché il vino 'non è necessario'?

Non è un buffo paradosso, è già successo (a Vigliano: www.repubblica.it, cronaca Torino, 30.3.2020).

Lo stesso vale per la 'passeggiata di salute', magari assieme al proprio bimbo e al proprio cane: pure qui, stanno emergendo spaccati sanzionatori surreali (come le sanzioni a tappeto elevate a Torino - così parrebbe - per 'il fatto in sé' di essere fuori casa: www.repubblica.it, cronaca Torino, 3.4.2020).

La gestione di un rischio epidemico incerto attuata attraverso un diritto incerto, insomma, genera un *unico precetto certo*: #devirestareacasa.

Ad ogni modo, coloro che non resistessero alla tentazione di mettere i calzoncini da corsa, o di anestetizzare la cattività con generi di conforto, potrebbero comunque giocare la carta dell'errore inevitabile *ex art. 5 c.p.*, estensibile analogicamente all'illecito amministrativo (CdS, VI, 5.3.2013, n. 1320, A.R. e altri).

4.1. Il rispetto delle prescrizioni, poi, va autocertificato; e l'autocertificazione chiama in causa altri illeciti - oggi come ieri - penali in caso di attestazioni mendaci.

Delle scarse capacità di presa del tipo *ex art. 495 c.p.*, assai selettivo, è stato già detto (G.M. FLICK in www.open.online, 13.2.2020): salvo casi marginali (es. falsa indicazione del proprio domicilio o della propria residenza, riconducibili alla nozione di 'altre qualità personali': Cass., V, 1.4.2014, n. 29608, T.F.), non potrà ricevere applicazione.

Anche l'eventuale operatività del falso ideologico *ex art. 483 c.p.* ha sollevato qualche perplessità, posto che - si è osservato - chi mente, lo fa per scansare un addebito penale: il *background* della bugia (la violazione di prescrizioni assistite da responsabilità contravvenzionale), in altre parole, la renderebbe lecita, perché il reo non può essere costretto a confessare (*nemo tenetur se detegere*).

Lo spunto è certamente interessante e condivisibile; resta peraltro da chiedersi se la sopravvenuta decriminalizzazione della fattispecie-ostacolo *ex art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020 (retro § 4)* abbia davvero disinnescato tale criticità, considerato che il *nemo tenetur* si sta facendo strada pure sul terreno del procedimento amministrativo 'punitivo' (Corte cost., ord. 6.3.2019, n. 117). Sem-

pre che, ovviamente, di ‘pena’ in senso euro-convenzionale possa parlarsi nel caso nostro.

5. *La regola*, dunque, è che la violazione delle misure di contenimento - oggi tassativamente elencate dall’art. 2, d.l. n. 19/2020 - è assistita da sanzione amministrativa pecuniaria, *eccetto che* si tratti della prescrizione *ex art. 2, co. 2, lett. e*, d.l. cit.: «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus»; chi esce di casa nonostante abbia la *certezza clinica* di essere malato, infatti, realizza la contravvenzione *ex art. 260 TULSan* (non obblazionabile, e di cui viene irrobustito il corredo sanzionatorio), *salvo che* il fatto «costituisca la violazione dell’art. 452 del codice penale o comunque più grave reato» (art. 4, co. 6, d.l. cit.).

Quindi: il positivo al tampone che sa di esserlo, e che abbandona la sua abitazione, è responsabile a titolo contravvenzionale, salvo che non ‘cagioni colposamente un’epidemia’.

Al netto di - sempre e comunque possibili - aggiustamenti ermeneutici, l’ordito sembra restituire tre dati significativi:

i) il passaggio dall’illiceità amministrativa a quella penale è senz’altro marcato dalla certezza di aver contratto il virus; diciamo ‘senz’altro’ perché la clausola con cui esordisce la norma depenalizzante *ex art. 4, co. 1, d.l. cit.* («salvo che il fatto costituisca reato») dà spazio a ulteriori ipotesi di ‘passaggio’ (sul punto, v. A.R. CASTALDO, F. COPPOLA in *questa Rivista web*, 1/2020, 1 ss.);

ii) come la contravvenzione *ex art. 260 TULSan*, così anche l’epidemia colposa *ex art. 452 c.p.*, che con la prima si pone - per dettato normativo - in rapporto di progressione offensiva, presuppone la certezza di essere infetti, non essendo sufficiente un ‘ragionevole sospetto’ (*retro* § 2.1);

iii) per progredire da contravvenzione a delitto *non basta* violare il divieto anelastico di allontanarsi dalla propria dimora: occorrono ulteriori negligenze e inottemperanze (ad es. non indossare la mascherina, non rispettare la distanza di sicurezza, frequentare locali affollati, etc.).

Un ritaglio individual-garantista, questo, che avremmo saputo meglio apprezzare in tempi meno oscuri di quelli che stiamo vivendo.