

# IL DELITTO DI EPIDEMIA COLPOSA NELL'ATTUALE CONTESTO PANDEMICO: TRA CLAUSOLA DI EQUIVALENZA E TUTELA DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

*Marcello Tebaldi*



**Abstract:** Il contributo, muovendo dall'analisi di Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2021, n. 20416, affronta la questione relativa alla configurabilità della fattispecie di epidemia colposa di cui agli artt. 438 e 452 c.p. nella pandemia da Covid-19. L'autore, in particolare, seguendo le linee argomentative tracciate dalla pronuncia in commento, dopo aver escluso che tale ipotesi di reato possa manifestarsi in forma omissiva, passa in rassegna, le ragioni che renderebbero comunque arduo l'accertamento del nesso eziologico. Una riflessione

conclusiva è, poi, riservata al ruolo che il documento di valutazione dei rischi di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 può rivestire nella prevenzione della trasmissione del coronavirus sui luoghi di lavoro.

**Abstract:** *The note, starting from the analysis of Cass. pen., sez. IV, 24<sup>th</sup> May 2021, n. 20416, focuses on the configurability of the crime of based-on-fault epidemic (Articles 438 and 452 of the Italian Criminal Code) in the context of Covid-19 pandemic. The author, in particular, following the argumentative lines traced by the ruling above mentioned, after having excluded that this hypothesis of crime may manifest itself in an omissive form, illustrates the reasons that would in any case make it difficult to ascertain the etiological link. A final reflection is then reserved to the role that the Risk Assessment Document (Legislative Decree no. 81 of 2008) can play in preventing the transmission of coronavirus in the workplace.*

1. La vicenda processuale. – 2. Il delitto di epidemia: problemi definitivi e compatibilità con la clausola di equivalenza. – 3. L'accertamento del decorso causale. – 4. Il mancato aggiornamento del DVR: tra normativa emergenziale e d.lgs. 81/2008. – 5. Le criticità dell'elemento soggettivo: sui rapporti tra colpa e norme precauzionali. – 6. Considerazioni conclusive.

## **1. La vicenda processuale**

Con la vicenda in esame la quarta sezione della Corte di Cassazione si è trovata nuovamente a pronunciarsi sulla possibilità di configurare il delitto di epidemia colposa (artt. 438 co.1, 452 co.1 c.p.) in forma omissiva ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p.

Oggetto della sentenza del Giudice di legittimità è il provvedimento del Tribunale del Riesame di Catania con cui, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., si annullava il decreto di sequestro preventivo adottato dall'ufficio del G.I.P. di Caltagirone. Quest'ultimo atto, datato 14-15 maggio 2020, disponeva il sequestro di una residenza sanitaria assistenziale a seguito dell'indagine in cui risultava indagato il legale rappresentante della cooperativa che gestiva la struttura, per i reati di epidemia colposa (artt. 438-452 c.p.) e per illeciti derivanti dalla violazione del d.lgs. 81/2008 (artt. 55, 68 e 271).

Il sequestro veniva disposto in via d'urgenza con provvedimento del P.M. datato 12 maggio 2020 e riguardava unicamente la fattispecie di reato di cui agli artt. 438-452 c.p. A seguito di questo primo provvedimento il G.I.P. di Caltagirone convalidò la misura cautelare, condividendo le ragioni della pubblica accusa. In particolare, il legale rappresentante veniva ritenuto responsabile di epidemia colposa in forma omissiva per non avere aggiornato il documento di valutazione dei rischi (DVR) della casa di cura.

Il Tribunale del Riesame di Catania annullava il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari di Caltagirone evidenziando l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia colposa nella forma omissiva, come da consolidato orientamento giurisprudenziale. Il reato in oggetto viene, infatti, considerato come reato a condotta vincolata, caratterizzato da un agire unicamente commissivo avente ad oggetto la diffusione di germi patogeni. Infine, il Riesame poneva l'accento sulla natura multifattoriale del nuovo coronavirus e sulla conseguente difficoltà di dimostrazione del nesso causale tra mancato aggiornamento del DVR ed evento epidemico. L'imputato avrebbe dovuto, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 81/2008, valutare il nuovo rischio biologico e aggiornare il DVR, tuttavia questa condotta non sarebbe stata di per sé idonea ad escludere la propagazione del nuovo coronavirus all'interno della casa di riposo.

Avverso l'ordinanza del Tribunale del Riesame ricorre, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., il P.M. di Caltagirone ribadendo la possibilità di configurare il reato di epidemia in forma omissiva, così come recentemente sancito – a dire dell'accusa – dalla pronuncia n. 48014 del 2019 (Sez. I, n. 48014 del 30/10/2019, P., Rv. 277791-01). Inoltre, il pubblico ministero lamenta un eccesso nella valutazione del quadro accusatorio da parte del Tribunale del Riesame, il quale si sarebbe spinto ben al di fuori del *fumus commissi delicti*.

Il giudice di legittimità si pone in senso adesivo alla soluzione del Tribunale del Riesame, respingendo così le censure della pubblica accusa. In particolare viene confermato l'orientamento contrario alla possibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva. Viene, infine, ritenuta legittima la valutazione effettuata dal Tribunale del Riesame sul complessivo contesto accusatorio.

Per tutte queste ragioni, la Suprema Corte respinge il ricorso, confermando l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame ha annullato l'ordinanza di sequestro nei confronti del legale rappresentante della RSA.

## **2. Il delitto di epidemia: problemi definitivi e compatibilità con la clausola di equivalenza**

Prima di tutto, gli antibiotici sono ora il [farmacia online](#) nuovo dispositivo medico del 21 ° secolo.

Punto focale nella ricostruzione operata dal Riesame, prima, e dalla Suprema Corte, poi, è l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva: alla base delle argomentazioni dell'accusa vi è per l'appunto la possibilità di applicare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 co. 2 c.p. al delitto di epidemia colposa.

La configurabilità del reato di epidemia nella forma omissiva è stata oggetto di numerose pronunce del Giudice di legittimità, che hanno in via prevalente negato la possibilità di applicare l'art. 40 co. 2 al delitto in parola.

In tale senso si è ad esempio orientata la sentenza n. 9133 del 12 settembre 2017 [Giacomelli\[1\]](#), incentrata nel dettaglio sui rapporti tra il delitto di epidemia colposa e quello di adulterazione colposa di sostanze alimentari (art. 440 co. 1 c.p.).

Più in particolare, la vicenda in questione riguardava il rinvenimento, all'interno di un acquedotto comunale situato nella provincia di Brescia, di alcuni batteri (*Norovirus*, *Clostridium Perfringens* e *Escherichia Coli*) responsabili di un'infezione gastroenterica tra quanti avevano usufruito dei servizi dell'impianto idrico. Il giudice di prime cure e la Corte d'Appello di Brescia condannarono per il delitto di epidemia colposa in forma omissiva il dirigente del settore del ciclo idrico, il quale – a parere dei magistrati lombardi – non avrebbe mantenuto l'impianto e non avrebbe adottato un adeguato sistema di prevenzione delle infezioni batteriche. Il nesso causale tra la condotta omissiva del dirigente e la diffusione dei batteri nelle condotte idriche venne desunto dalla relazione peritale che aveva evidenziato come un'adeguata manutenzione e la predisposizione di un sistema di filtraggio avrebbero evitato la diffusione dei germi patogeni nei condotti idrici.

La Corte di Cassazione – con un ragionamento del tutto simile a quello seguito dalla stessa, come si vedrà, nella sentenza in commento – rigetta l'impostazione fatta propria dai giudici di merito, negando la possibilità di applicare la clausola di equivalenza al delitto di epidemia, il quale viene annoverato tra i reati a forma vincolata. Tale diniego muove in particolare da una definizione giuridica di epidemia molto più ristretta rispetto a quella tratteggiata dalla scienza medica, secondo cui è da considerarsi epidemia "il verificarsi in una comunità o regione di casi di malattia [...] nettamente superiori alla normale aspettativa"<sup>[2]</sup>. Per contro la Suprema Corte, in particolare la sentenza 9133 del 2017, restringe l'applicazione del delitto di epidemia alle sole condotte caratterizzate da un determinato decorso causale, ossia dalla diffusione di germi patogeni<sup>[3]</sup>. Di conseguenza, il giudice di legittimità provvede a riqualificare il capo di imputazione, eliminando qualsiasi riferimento al delitto di epidemia per ripiegare sull'adulterazione colposa di sostanze alimentare (art. 440 c.p.).

Tornando alla vicenda della casa di riposo, la pubblica accusa si oppone a tale impostazione e, nel ricorso avverso il provvedimento del Tribunale del Riesame di Catania, richiama la pronuncia n. 48014 del 2019, dove si sosterebbe la natura a forma libera del reato di epidemia. Quest'ultima pronuncia, pur non essendo incentrata in via principale sulla configurabilità del delitto in oggetto in forma omissiva dato che si occupa di contagio da HIV per contatto fisico, afferma che sotto l'ombrello della locuzione "diffusione di germi patogeni" rientrano condotte differenti, tra le quali la trasmissione attraverso il corpo dell'agente, che diviene esso stesso vettore di trasmissione. Non è, dunque, necessario che i germi patogeni siano separati dal soggetto agente/diffusore, come peraltro già affermato dalla dottrina penalistica<sup>[4]</sup>. Tale aspetto, se da un lato risulta fondamentale per l'applicabilità della fattispecie in ambito Covid-19, dato che anche la trasmissione del nuovo coronavirus avviene attraverso un corpo-vettore, dall'altro non comporta necessariamente la configurabilità della fattispecie in oggetto nella forma omissiva. L'apertura alla diffusione attraverso il corpo-vettore – orientamento ormai consolidato per quanto riguarda il contagio da HIV<sup>[5]</sup> – non implica, infatti, necessariamente la forma omissiva. Paradigmatico è il caso del soggetto *covid-positivo* che

circola tra la folla, ben sapendo che da questa azione potrà derivare la diffusione del contagio epidemico. Risulta, dunque, debole il riferimento alle argomentazioni elaborate dalla Suprema Corte nella pronuncia 48014 del 2019 al fine di sostenere la configurabilità del delitto di epidemia in forma omissiva. Non a caso questa impostazione è stata rigettata dal giudice di legittimità, il quale, ancora una volta ha affermato l'impossibilità di applicare la clausola di equivalenza al delitto di epidemia, sostenendo quello che ormai può essere considerato orientamento prevalente.

In ogni modo, l'orientamento preclusivo in oggetto – sebbene prevalente nella giurisprudenza di legittimità – non va esente da critiche.

Anzitutto, una siffatta impostazione limita (o addirittura preclude) l'applicazione della fattispecie di epidemia nel contesto epidemico da Covid-19. Si pensi per esempio alla mancata adozione delle cautele volte alla prevenzione della diffusione del nuovo coronavirus all'interno delle strutture sanitarie, dove il comportamento omissivo può originare un *cluster* pandemico con conseguenze anche assai dannose, in ragione della fragilità dei soggetti coinvolti (anziani e pazienti affetti dalle più disparate patologie).

Nella risposta normativa e giurisprudenziale alla pandemia da Covid-19, dunque, il delitto di epidemia colposa rimarrebbe applicabile unicamente come ipotesi residuale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 260 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 (art. 4 d.l. 19 del 2020) nell'eventualità di una violazione della c.d. quarantena Covid[6]. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso la fattispecie in oggetto non ha praticamente trovato applicazione, come ben evidenziato dalle tabelle sulle notizie di reato messe a disposizioni dal Ministero dell'Interno[7] nel periodo del c.d. primo *lockdown*.

### **3. L'accertamento del decorso causale**

In ogni modo, a parere del Tribunale del Riesame di Catania e della Corte di Cassazione, l'impossibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva non rappresenta l'unico ostacolo all'utilizzabilità della fattispecie contro la pubblica incolumità in oggetto nel contesto pandemico attuale. Più in particolare, sul piano dell'accertamento del nesso eziologico si colloca un ulteriore impedimento all'impiego del delitto *de quo* al Covid-19. Prima di addentrarci nel caso concreto, tuttavia, è necessario fare alcune precisazioni di sistema su causalità ed epidemia. L'utilizzo della fattispecie di cui agli artt. 438-452 c.p. consente al giudice di merito di aggirare l'accertamento del decorso causale per ogni singola vittima, come, invece, accadrebbe utilizzando la fattispecie di lesioni o omicidio colposo, tuttavia ciò dipende dalla natura del delitto di epidemia. Tale aspetto è stato (ed ancora è) oggetto di discussione da parte della dottrina penalistica. Il delitto di cui all'art. 438 c.p. apre il capo II dei delitti di comune pericolo mediante frode. Nonostante ciò, è emerso nella dottrina penalistica un orientamento che considerava l'epidemia una fattispecie di danno[8], con il conseguente venir meno dell'accertamento del pericolo di ulteriore diffusione dell'epidemia: bastava

verificare che la malattia avesse colpito un rilevante numero di persone. Ciò, però, creava non poche criticità sotto il profilo della ricostruzione dell'accertamento causale. Ora, con riferimento all'attuale contesto epidemico risulta assai difficile escludere decorsi causali alternativi: il virus si trasmette con estrema facilità in numerosi contesti della vita di relazione. Guardando alla situazione delle RSA, dove per lungo tempo si è consentito l'accesso al pubblico, sarà quasi impossibile dimostrare, una volta ammesso che si tratti di una fattispecie di danno, che dalla condotta omissiva di mancato aggiornamento del DVR sia derivato un contagio di dimensioni tali da esser classificato come epidemico.

Un secondo orientamento classifica, invece, la fattispecie di epidemia come delitto di danno misto al pericolo[9]. In particolare il danno è costituito dai contagi effettivi. Il pericolo è invece rappresentato dalla possibilità di ulteriore diffusione dell'epidemia nei soggetti "sani". Dunque, in questo caso non bisognerà accertare la rilevante consistenza numerica di questi primi contagi, ma sarà sufficiente dimostrare il pericolo di diffusione ulteriore della malattia. Questo orientamento è facilmente applicabile alla pandemia da nuovo coronavirus, data la facilità di propagazione; al contrario, tende ad escludere altre malattie dallo spettro applicativo della fattispecie, come HIV, HPV e HCV, in ragione del pericolo relativamente limitato di ulteriore diffusione di questi virus.

Vi è, infine, un orientamento che evidenzia la dimensione del pericolo di ulteriore diffusione della malattia, classificando il delitto di cui all'art. 438 c.p. come reato di pericolo concreto. In base a questo orientamento, il giudice si troverà a verificare il carattere epidemico dell'evento, in base allo spettro di diffusione nella popolazione, e soprattutto il concreto pericolo di ulteriore diffusione. Anche seguendo questa teoria, ad esempio, venne escluso il carattere epidemico nei casi di HIV, HPV e HCV[10], in quanto il pericolo di ulteriore diffusione risulta assai limitato per le modalità di trasmissione della malattia.

Al contrario, le modalità di diffusione del nuovo coronavirus lasciano presupporre il suo inquadramento all'interno del fenomeno epidemico. Esso, infatti, come già detto, risulta facilmente trasmissibile attraverso le vie aeree: cosicché, una volta ammesso che il soggetto agente possa essere vettore della malattia, risulterà facile inquadrare – a livello sia medico sia giuridico – la condotta di diffusione di germi patogeni del ceppo del Sars-cov-2 all'interno della fattispecie di epidemia.

Questo secondo orientamento, tuttavia, non rimuove i dubbi evidenziati dalla quarta sezione in merito al decorso causale nel caso in esame. Come evidenziato dalla Suprema Corte, infatti, alla luce dei numerosi fattori atti a facilitare la diffusione del nuovo coronavirus risulta pressoché impossibile collegare l'omesso aggiornamento del DVR con l'evento epidemico: con riferimento al caso di specie si pensi, ad esempio, all'accesso alla struttura da parte di soggetti esterni, alla possibile infezione dei medici e degli operatori, nonché alla particolare fragilità degli ospiti che facilita il diffondersi del virus nella sua forma maggiormente sintomatica. Ora, sebbene nel caso di specie i fatti risalgano ad un periodo compreso tra la fine di aprile e

l'inizio di maggio del 2020, successivo dunque all'entrata in vigore del d.l. 19 del 25 marzo 2020, con cui si era vietato l'accesso ai visitatori nelle RSA (essenzialmente i parenti dei ricoverati), le conclusioni del giudice di legittimità sono da condividersi perché molti altri fattori causali avrebbero potuto concorrere alla determinazione di un evento epidemico: dalla notevole circolazione del virus al già menzionato rischio derivante dall'impiego di numerosi lavoratori sanitari e non.

Di conseguenza, appare condivisibile l'impostazione seguita nella vicenda in parola dal Tribunale del Riesame e dalla Corte di cassazione, che hanno escluso la possibilità di accertare il decorso causale tra il mancato aggiornamento del DVR e la propagazione dell'epidemia da nuovo coronavirus all'interno della struttura alla luce per l'appunto dell'impossibilità di escludere decorsi causali alternativi.

#### **4. Il mancato aggiornamento del DVR: tra normativa emergenziale e d.lgs. 81/2008**

Nel caso di specie il mancato aggiornamento del DVR è alla base della contestata fattispecie di epidemia colposa in forma omissiva. Prima di addentrarci nell'analisi del caso in esame è bene però fare alcune precisazioni sui rapporti tra la normativa per la prevenzione del Sars-cov-2 e la normativa del c.d. TUSL, unica a venire in evidenza nella sentenza in commento.

Quando si parla di obblighi del datore di lavoro e di pandemia da Covid-19 non si può che partire dal nuovo art. 29-*bis* della legge 40/2020. La disposizione impone ai datori di lavoro pubblici e privati di adeguarsi alle prescrizioni previste nell'accordo firmato dal Governo e dalle parti sociali in data 24 aprile 2020<sup>[11]</sup>, al fine di garantire il rispetto dell'art. 2087 cc. Da ciò non sembra comunque discendere alcun obbligo di aggiornare il documento di valutazione di rischi<sup>[12]</sup>: le disposizioni del codice civile sarebbero, infatti, residuali rispetto agli obblighi previsti dal TUSL e, quindi, dalla attuale normativa pandemica non sorgerebbe alcun onere di aggiornamento del DVR. O almeno questa è l'opinione di chi ha sostenuto la totale autonomia delle due normative<sup>[13]</sup>: quella emergenziale tutelerebbe la salute pubblica, al contrario quella contenuta all'interno del TUSL, avrebbe quale primario obiettivo la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Peraltro, a riprova di quanto appena affermato, va detto che le attuali conoscenze sul Covid-19 non consentono di elaborare norme di fonte privata, come quelle previste dal DVR, aventi maggior efficacia nella prevenzione della diffusione del nuovo coronavirus nei luoghi di lavoro rispetto alle fonti di matrice statale, come il nuovo art. 29-*bis* e le disposizioni contenute nel citato protocollo di intesa con le parti sociali<sup>[14]</sup>.

Se accogliessimo la appena citata teoria "autonomista" non vi sarebbe, dunque, alcun obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi derivante dalla normativa pandemica e in generale dalla situazione emergenziale: verrebbero meno, dunque, le tesi sostenute dalla pubblica accusa nella vicenda processuale in commento.

Al contrario, un secondo orientamento sostiene che la normativa prevista dal decreto 81/2008 abbia notevoli

aspetti che incidono sulla tutela della salute pubblica e, dunque, il contesto pandemico imporrebbe una nuova valutazione del rischio che inevitabilmente sfocerebbe in un onere di aggiornamento del DVR[15]. Tale tesi risulta più coerente con quanto sostenuto dalla pubblica accusa nel caso in commento. In particolare sarebbe l'art. 29 comma 3 del TUSL a imporre l'aggiornamento del DVR data l'emersione di un nuovo rischio, in particolare nelle realtà sanitarie come quella del caso in commento dove ci si trova direttamente a contatto con il fattore di rischio rappresentato dal Sars-cov-2. Per di più, la Corte Costituzionale, con la sentenza 312 del 1996, accoglie il principio della c.d. *massima sicurezza possibile*[16], secondo cui il datore di lavoro deve utilizzare tutte le misure tecnologicamente disponibili per garantire la sicurezza e l'incolumità del lavoratore; con la conseguenza che nell'adozione delle cautele previste dall'art. 2087 cc., ma anche nella creazione e nell'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, dovranno certamente essere tenuti in conto nuovi rischi, come quello derivante dalla pandemia di Sars-cov-2. Il mancato aggiornamento del DVR, infatti, andrebbe a contrastare con il citato principio di *massima sicurezza possibile*, in quanto non si utilizzerebbero le conoscenze e le tecnologie sviluppate in ambito pandemico per garantire il livello di sicurezza richiesto dall'ordinamento.

A conferma di questo secondo orientamento depone poi l'art. 17 del c.d. Decreto Ristori *bis* (D.L. n. 149/2020) che, in attuazione della direttiva 2002/739 (UE), inserisce il Covid-19 tra i rischi biologi, aggiornando gli allegati XLVI, XLVII e XLVIII del d.lgs. n. 81/2008 e prevedendo nuove misure per il contenimento specifiche per il nuovo Coronavirus.

Il datore di lavoro sembrerebbe così tenuto ad effettuare una nuova valutazione del rischio che tenga conto del contesto pandemico di conseguenza dovrà aggiornare il DVR[17], a maggior ragione nelle realtà sanitarie come quella della sentenza in esame.

Nel caso di specie, tuttavia, il datore di lavoro non avrebbe agito seguendo la massima sicurezza possibile, dando in tal guisa origine ad una omissione che la pubblica accusa ha inquadrato all'interno del delitto di epidemia in forma omissiva.

Va in ogni caso precisato che il Tribunale del Riesame e la Cassazione non contestano la censura al mancato aggiornamento del DVR, ma si limitano a respingere l'utilizzo del delitto di epidemia in forma omissiva. Tuttavia, anche ammettendo la possibilità di configurare la fattispecie in forma omissiva, sarebbe assai difficoltoso provare il collegamento causale fra il mancato aggiornamento del documento di valutazione e l'evento epidemico.

Come già detto, il Sars-cov-2 ha, infatti, innumerevoli vie di propagazione, data la facilità di trasmissione del virus attraverso le vie aeree. Ciò comporta che anche nel caso in cui si fosse accolta la tesi della configurabilità omissiva del delitto di epidemia, sarebbe stato pressoché impossibile effettuare un giudizio



controfattuale avente ad oggetto l'aggiornamento del DVR.

Tutto ciò evidenzia ancora una volta le difficoltà nell'applicazione del delitto di epidemia che, come già anticipato, indipendentemente dalla sua classificazione e dall'utilizzo della clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 c.p., è stato applicato pochissime volte, quasi unicamente nei casi aventi ad oggetto la salmonella negli anni settanta, sebbene molte di queste pronunce abbiano avuto come esito la completa assoluzione degli imputati[18].

### **5. Le criticità dell'elemento soggettivo: sui rapporti tra colpa e norme precauzionali**

Da ultimo, guardando all'impianto accusatorio del caso in esame, è bene affrontare alcune problematiche relative all'elemento soggettivo. Ci troviamo innanzi ad un'ipotesi di colpa specifica. Segnatamente è la violazione delle norme contenute nell'art. 29 del d.lgs. 81/2008 (obblighi di aggiornamento del DVR) a originare una responsabilità di tipo colposo.

Questa impostazione presenta, però, vari profili di criticità. La normativa contenuta nel d.lgs. 81/2008 ha come obiettivo principale la prevenzione degli infortuni. Ma la compilazione e l'aggiornamento del DVR non sono di per sé direttamente rivolti alla prevenzione degli infortuni: il documento, infatti, è a sua volta composto da norme che rappresentano un mezzo per garantire la sicurezza del lavoratore[19]. Peraltro il nostro legislatore ha approntato tutta una serie di disposizioni di contorno volte alla verifica dell'efficace attuazione del DVR. Dunque, la pubblica accusa non dovrebbe, come avvenuto nella sentenza in commento, limitarsi a contestare il mancato aggiornamento del DVR quale base della condotta omissiva, ma dovrebbe specificare la norma preventiva o precauzionale a contenuto "modale" rimasta inosservata in quanto "mancante" nel documento di valutazione dei rischi: in particolare, guardando al caso in esame, si sarebbero dovute cercare la norma (o le norme) dal cui mancato rispetto è derivata effettivamente la diffusione di germi patogeni.

Questo aspetto rileva anche sotto il profilo dell'esigibilità della condotta. L'aggiornamento dei rischi biologici, ai sensi del citato art. 17 D.L. n. 149/2020, di per sé non è sufficiente per combattere la diffusione della pandemia da Sars-cov-2: numerosi sono i fattori in gioco che possono portare alla diffusione del nuovo coronavirus e il rispetto dell'art. 29 d.lgs. 81/2008 in tema di aggiornamento del DVR potrebbe rivelarsi inutile.

Vi è dunque da chiedersi quale sia il comportamento esigibile dall'agente modello e quale sia, invece, il comportamento censurabile, almeno a titolo colposo, per non creare situazioni di responsabilità (quasi) oggettiva e, dunque, contrarie all'art. 27 della nostra Costituzione.

I concetti di prevedibilità ed esigibilità sono, infatti, fondamentali perché vi sia responsabilità colposa e rappresentano il faro che dovrebbe guidare il legislatore nella creazione delle norme cautelari[20]. Tuttavia

non sempre è così, come dimostrano alcune norme del d.lgs. 81/2008.

Nel caso di specie, infatti, risulta assai complesso valutare le conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di aggiornamento del DVR e, anzi, la situazione pandemica e le condizioni delle residenze sanitarie durante i primi mesi di diffusione del Sars-cov-2 fanno presumere che il *virus* si sarebbe diffuso indipendentemente dal rispetto delle norme cautelari del TUSL e anzi queste norme sembrano proprie di una dimensione totalmente precauzionale. Dimensione che mal si concilia con una responsabilità di tipo colposo, così come con una fattispecie di pericolo concreto, come quella di cui agli artt. 438-452[21], sebbene nella prassi applicativa questa incompatibilità non abbia rappresentato un dogma invincibile[22].

Il principio di precauzione tende, infatti, ad anticipare eccessivamente la tutela, dato che le norme ad esso ispirate cercano di prevenire un pericolo almeno in parte non conosciuto né nell'*an*, né nel *quantum*. Si previene un rischio parzialmente sconosciuto che, in via ipotetica, potrebbe nuocere all'essere umano, così come potrebbe essere totalmente innocuo. Tutto ciò dimostra come nel caso in esame vi sarebbe la necessità di ricalibrare il capo di imputazione, indipendentemente dalla questione relativa alla configurabilità del delitto citato in forma omissiva.

In particolare, si sarebbe potuto costruire diversamente il capo di imputazione, guardando proprio agli obblighi del datore di lavoro previsti dall'art. 2087 cc. e dal già citato art. 29-*bis* della legge 40/2020. Così facendo, la pubblica accusa avrebbe dato maggior risalto alle linee guida elaborate dal Governo in accordo con le parti sociali[23] con cui si disponevano specifiche misure per il contrasto della pandemia nei luoghi di lavoro (utilizzo di adeguati dispositivi di protezione individuale, procedure di sanificazione, ecc.), se non fosse che questo intervento normativo (in particolare il rimando della legge 40/2020 alle linee guida governative) risale al 5 giugno 2020, e dunque risulta inutilizzabile quale base giuridica per rimproverare il comportamento omissivo tenuto dal datore di lavoro tra fine aprile e inizio maggio del 2020.

## 6. Considerazioni conclusive

All'esito di quanto sin qui esposto non si può che concordare con le conclusioni cui perviene la quarta sezione della Cassazione: l'orientamento che nega la possibilità di configurare il delitto di epidemia colposa in forma omissiva è ormai consolidato e risulta maggiormente in linea con il dato letterale degli artt. 438-452 c.p. che esalta il concetto di diffusione dei germi patogeni tipizzato dalla fattispecie. Inoltre, la severità della sanzione comminata per il delitto in oggetto risulta incoerente con un'applicazione "estensiva" dello stesso.

Ulteriori ostacoli all'utilizzo di questa fattispecie nel contesto pandemico da Covid-19 derivano dalle difficoltà di ricostruzione del nesso causale. Come già visto, infatti, l'applicazione della fattispecie di epidemia come *extrema ratio* in caso di violazione della quarantena Covid-19 risulta assai complessa proprio a causa delle difficoltà di accertamento causale del contagio. Inoltre, anche in contesti più ristretti, come il luogo di lavoro,

dove in certi casi più semplice potrebbe apparire l'individuazione dei soggetti responsabili<sup>[24]</sup>, le difficoltà di accertamento del nesso causale permangono. Per tutte questi motivi possiamo prevedere che dall'emergenza pandemica in corso non deriverà un nuovo protagonismo del delitto di epidemia, ma, proprio per le difficoltà di applicazione e per gli orientamenti giurisprudenziali che vanno sempre più consolidandosi, la fattispecie in questione continuerà a ricoprire un ruolo marginale.

[1] Cass. Pen., Sez. IV, 12 settembre 2017, n. 9133 con nota di Felicioni, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 292 ss. Si veda inoltre Raffaele, *Il delitto di epidemia tramite contagio: un'analisi critica della giurisprudenza*, in *Discrimen*, 18 dicembre 2020, 10 ss.; Piras, *Sulla configurabilità del delitto di epidemia colposa omissiva*, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2020.

[2] Definizione rinvenibile nel sito dell'OMS (<http://who.int/about/definition/en>). Sulla definizione di epidemia tra scienza medica e dottrina giuridica si veda inoltre Tordini Cagli, voce *Epidemia colposa*, in *Enciclopedia del Diritto. Reato colposo*, Milano, 2021, 464 ss.

[3] Così si legge nelle motivazioni della 9133 del 2017: "La nozione giuridica di epidemia è più ristretta e circoscritta rispetto all'omologo concetto elaborato in campo scientifico in quanto il legislatore, con la locuzione mediante la diffusione di germi patogeni prevista nell'art. 438 cod. pen., ha inteso circoscrivere la punibilità alle condotte caratterizzate da determinati percorsi causali".

[4] Cfr. Manzini, *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, Torino, 1983, 393 ss.; Gargani, *Reati contro la pubblica incolumità. Tomo II Reati di comune pericolo mediante frode*, in Grosso – Padovani – Pagliaro (diretto da), *Trattato di Diritto penale*, Milano 2013, 214 ss.

[5] Cfr. Manfredi, *La prospettiva Manzoniiana (e Manziniana) di una recente decisione (nota a G.U.P. Roma, decreto 14 novembre 2016, Giud. Battistini)*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 47 ss.

[6] Cfr. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sist. Pen.*, 2 aprile 2020; Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020; Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, 443-444; Fiore, «Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». *La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria*, in *Sist. Pen.*, 11/2020, 5 ss.; Della Bella, *L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*, in *Sist. Pen.*, 16 marzo 2021; Agostini, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen.*, 4/2020, 229 ss; Cupelli, voce *Covid-19 e responsabilità colposa* in *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, cit., 340

ss. Sulla diversa, ma correlata questione della compatibilità dei delitti di falso si veda Masiero, *Reati di falso e autocertificazione durante l'emergenza Covid-19: tra ricerca dell'effettività e simbolismo*, in *Sist. Pen.*, 10/2021, 137 ss.

[7] Cfr. Ministero dell'Interno – Servizi di controllo 2020. Monitoraggio sulle attività di polizia per il contenimento dell'emergenza epidemiologica per l'anno 2020 (<https://www.interno.gov.it/it/servizi-controllo-anno-2020>).

[8] Cfr. Manzini, *Trattato di diritto penale*, op.cit., 396; Ardizzone, *Epidemia*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1990, 251; Erra, *Epidemia (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milano, 1966, 46 ss.

[9] Cfr. Corbetta, *I delitti contro la pubblica incolumità – II I delitti di comune pericolo mediante frode*, in Marincci – Dolcini, *Trattato di Diritto penale – Parte speciale*, Padova, 2014, 2 ss.

[10] Cfr. Gargani, *Reati contro la pubblica incolumità*, op. cit., 212-213; Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in *Arch. pen.*, 3/2020, 22; Raffaele, *Il delitto di epidemia*, cit., 13-14.

[11] Cfr. 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.*, fasc. 6/2020, 275-277.

[12] Cfr. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020; Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2/2019, 99 ss.

[13] Cfr. Gestri, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico*, cit., 240-242; Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 5 maggio 2020.

[14] Cfr. Torre, *La gestione del rischio Covid-19*, in Aa.Vv., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, 383 ss.

[15] Cfr. De Falco, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19* in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020;

[16] Corte Cost., 25 giugno 1996, n.312 in *Giur. cost.*, 1996, 2575. A riguardo si veda Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in Aa. Vv., *Sicurezza sul lavoro*, cit., 59 ss.

[17] Cfr. Gestri, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 283 ss.

[18] Cfr. Manfredi, *La prospettiva manzoniana*, cit., 42-44.

[19] Cfr. Giunta - Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza del lavoro*, Milano, 2010, 218 ss.

[20] Cfr. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 193 ss.; Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2011, 187-188.

[21] Cfr. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 luglio 2011, 7 ss.; Id., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, 45 ss.; Canestrari - Cornacchia - De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, 434 ss. Qualche apertura alla convivenza tra colpa e principio di precauzione la troviamo in Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1754 ss.

[22] Si veda ad esempio quanto affermato in Tribunale di Venezia, Sez. II, 22 ottobre 2001 e in Corte di Appello di Venezia, Sez. II, 15 dicembre 2004 (caso "Marghera"), sebbene la relativa pronuncia di Cassazione (Cass. Pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, *Bartalini e altri*) escluda che quello sia un caso in cui rilevi il principio di precauzione. A riguardo cfr. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1684 - 1685; Vallini, *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, in Foffani - Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia: Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, II, Bologna, 2015, 25 ss.

[23] Trattasi del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* adottato il 24 aprile 2020 e recepito dal DPCM del 26 aprile 2020.

[24] Cfr. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit., 11-13.

**Cass. - Sez. IV, 24 maggio 2021, n. 20416**