

IL DELITTO DI EPIDEMIA TRAMITE CONTAGIO: UN'ANALISI CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA



Simona Raffaele

SOMMARIO 1. La fattispecie di cui all'art. 438 c.p.: *a)* la nozione di epidemia ed il requisito della «diffusione di germi patogeni». — 2. (*Segue*): *b)* La dubbia rilevanza delle condotte omissive. — 3. (*Segue*): *c)* L'elemento psicologico del reato. — 4. Gli orientamenti della prassi applicativa sul delitto di epidemia: *a)* la contaminazione dell'acqua pubblica. — 5. (*Segue*): *b)* la trasmissione del virus HIV per via sessuale a partner non informato. — 5.1. L'assoluzione dal delitto di epidemia: il differente decorso causale descritto dai Giudici d'Appello. — 5.2. La differenza tra *contagio* ed *epidemia* descritta nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 48014/2020. — 6. La diffusione dell'*epidemia* da Covid-19 e la violazione della misura della quarantena. — 7. La concreta configurabilità del reato di epidemia nel caso di comportamento (omissivo) di un sanitario. — 8. Considerazioni conclusive sulla configurabilità del delitto di epidemia nei confronti dei c.d. "untori".

1. La fattispecie di cui all'art. 438 c.p.: *a)* la nozione di epidemia ed il requisito della «diffusione di germi patogeni»

In base alla suscettibilità della popolazione ed alla circolazione del germe, una malattia infettiva può manifestarsi in una popolazione in forma *epidemica*, endemica o sporadica. La scienza medica ha sinora identificato come epidemia «(...) la manifestazione frequente e localizzata – ma limitata nel tempo – di una malattia infettiva, con una trasmissione diretta del virus. L'epidemia si verifica quando un soggetto ammalato contagia più di una persona ed il numero dei casi di malattia aumenta rapidamente in breve tempo. L'infezione si diffonde, dunque, in una popolazione costituita da un numero sufficiente di soggetti suscettibili¹».

La nozione penalistica di epidemia, invece, colloca tradizionalmente il reato previsto e punito dall'art. 438 c.p. tra quelli a forma vincolata nella cui descrizione normativa non sarebbe ricompreso il contagio umano².

¹ La definizione è tratta dalla pubblicazione dell'Istituto Superiore di Sanità, *Nuovo coronavirus. Le parole dell'epidemia*, 11 marzo 2020.

² V. Trib. Bolzano, 12 marzo 1979, Mori, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950 e Trib. Verona, 29 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, 1958, p. 43. Sul punto, v. S. Brucellaria, Sub *Art. 438*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, tomo II, Padova, 2015, p. 1931.

L'integrazione del delitto richiede che l'autore abbia il possesso *fisico* di germi patogeni e che si renda responsabile non di singole condotte di trasmissione di agenti patogeni, ma dello spargimento di questi germi in un'azione tesa ad infettare, in modo repentino ed incontrollabile, una pluralità indeterminata di persone³.

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinario prevalente si orienta nel senso di ritenere che, trattandosi di un reato di evento qualificato dal pericolo da accertare in concreto, l'oggetto della tutela apprestata dalla norma incriminatrice sia rappresentato dall'obiettivo di evitare il diffondersi di altri contagi⁴.

Alla luce del principio costituzionale di offensività⁵, pertanto, soltanto i fenomeni epidemici qualificabili in termini di *disastro sanitario* sarebbero attinti dalla tipicità propria della fattispecie penale. A rilevare sarebbe la pericolosità di potenziali ed ulteriori contagi e non necessariamente l'eventuale contagio già avvenuto.

Su questa linea, la nozione di epidemia penalmente rilevante si presenta assai più circoscritta di quella accolta in ambito sanitario.

La nozione di focolaio epidemico, ossia di «[...] una malattia infettiva [che] provoca un aumento nel numero di casi rispetto a quanto atteso all'interno di una comunità o di una regione ben circoscritta⁶», non equivale alla nozione di epidemia a cui inerisce strutturalmente il profilo della consistenza del dato quantitativo e del numero particolarmente elevato di soggetti infettati. Laddove il fenomeno sia

³ Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 9133, in *Cass. pen.*, 2018, 10, p. 3214, in commento, *infra*, § 4. Si tratta della teoria della c.d. *alterità* tra soggetto attivo e germe patogeno, in forza della quale è stata esclusa la responsabilità individuale da contagio in tutti i casi in cui l'agente sia il vettore consapevole della malattia infettiva. In queste ipotesi, la responsabilità penale è, invece, ammessa, dai fautori della teoria della c.d. *unitarietà* tra soggetto attivo e germe patogeno: così, specificamente, Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in *Foro it.*, 2020, 4, II, p. 217, la cui motivazione sarà approfondita, *infra*, § 5.2. Nella giurisprudenza di merito, cfr., in particolare, Tribunale di Bolzano, 13 marzo 1979, in *Giurisprudenza di merito*, fascicoli 4-5, 1979, p. 945.

⁴ V., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2018/2019, p. 525.

⁵ Per un'ampia disamina del significato, del fondamento e delle articolazioni del principio di legalità, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 114, cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

⁶ La citata definizione di *focolaio epidemico*, fornita dall'Istituto Superiore di Sanità, prosegue specificando che «per individuare l'origine di un focolaio è necessario attivare un'indagine epidemiologica dell'infezione tracciando una mappa degli spostamenti delle persone colpite»: cfr. Istituto Superiore di Sanità, *Nuovo coronavirus*, cit.

apparso quantitativamente circoscritto, si avrebbe, dunque, un *focolaio epidemico* (o *cluster infettivo*) e non una epidemia nel senso ad essa attribuito dalla legge penale.

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 438 c.p., l'epidemia deve essere cagionata *mediante la diffusione di germi patogeni*⁷: ad assumere centralità ai fini dell'integrazione del reato sarebbe dunque la condotta di *diffusione* che, secondo la *ratio* che ha ispirato il legislatore del tempo, consisterebbe nello spargimento dei germi al fine di colpire in tempi brevi un numero elevato di soggetti, non potendo il contagio umano che si realizza mediante contatto fisico con le vittime essere ricondotto alla nozione normativa di diffusione.

Nelle modalità di manifestazione concreta, sebbene ad avviso della giurisprudenza di legittimità non rilevi la maniera in cui la diffusione abbia avuto luogo – purché essa sia stata realizzata – il fatto incontra una notevole difficoltà pratica ad integrare gli estremi della fattispecie criminosa, ragion per cui finora sono state assai rare le pronunce giurisprudenziali, per lo più di merito per casi di salmonella, definite con esiti assolutori⁸. Così, se, da un lato, non si può escludere che nella nozione di diffusione rientrino forme di contagio per contatto fisico tra agente e vittima; dall'altro, secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, il contagio non può porsi come antecedente causale del fenomeno epidemico.

Nell'individuazione di responsabilità penalmente rilevanti verrebbe, dunque, in rilievo il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui: «l'evento tipico dell'epidemia si connota per diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti e quindi per una malattia contagiosa dal rapido e autonomo sviluppo entro un numero indeterminato di soggetti, per una durata cronologicamente limitata⁹».

⁷ Espressione assai ampia, che include ogni essere o elemento atto a cagionare o trasmettere una malattia e, quindi, anche un virus, oltre ai bacilli ed ai protozoi.

⁸ Cfr. G.u.p. Savona, 6 febbraio 2008, M.V., in *Riv. pen.*, 2008, p. 67, che ha escluso il reato in esame nel caso in cui l'insorgere e lo svilupparsi della malattia si siano esauriti nell'ambito di un ristretto numero di persone che in una mensa avevano ingerito un pasto infettato dal germe della salmonella; Trib. Roma, 22 marzo 1982, Malzoni, *inedita*, ma citata da S. RIONDATO, Sub *Art. 438*, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, CEDAM, 2008, p. 1098, che ha ritenuto insussistente il delitto in esame in un caso di salmonellosi che aveva causato la morte di sedici neonati nel nido di una clinica privata; Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950 e Trib. Bolzano, 20 giugno 1978, Oberhollenzer, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950; Trib. Verona, 19 luglio 1957, De Beni, in *Arch. pen.*, II, 1958, p. 432, tutte in ipotesi di epidemia colposa.

⁹ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ. Mass.*, 1, 2008, p. 31.

In questo senso, la più recente giurisprudenza di legittimità ha aderito ad un'interpretazione secondo cui il reato è configurabile nei casi in cui causa della diffusione non sia direttamente l'agente, ma persona da questi infettata¹⁰, e tuttavia può estendersi ai casi in cui il contagio avvenga tramite "contatto umano"¹¹; sarebbe, invece, da escludere la necessità di un possesso separato dei germi patogeni, ritenuto requisito implicito della fattispecie secondo una variante rigorosa della tesi tradizionale riaffiorata nella giurisprudenza di merito¹².

In altre parole, le ragioni che giustificano la codificazione di questa figura delittuosa riguardano il grado di offensività particolarmente elevato e la finalità di assicurazione sociale. Il fondamento politico-criminale dell'art. 438 c.p. equivale all'esigenza di prevenire il verificarsi di un evento estremamente pericoloso per la salute pubblica, cagionato appunto «*mediante la diffusione di germi patogeni*».

Nella logica del legislatore del 1930, la tutela penale della salute pubblica necessita che il contagio di malattie infettive – che abbia già interessato un certo numero di persone – non ne colpisca altre; la *ratio* dell'art. 438 c.p. è proprio quella di evitare che venga compromessa la sicurezza delle condizioni di salute della collettività. Tale conclusione giustifica, dunque, l'anticipazione della tutela allo stadio del pericolo¹³.

Su questa linea, la questione affrontata dagli studiosi della materia si sposta, dunque, sulla *natura* del delitto di epidemia.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza¹⁴, il delitto di epidemia appartiene alla categoria dei reati di evento qualificato dal pericolo, e in

¹⁰ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, cit., nota 3, e richiamata, ampiamente, *infra*, § 5.2, in materia di trasmissione del virus HIV a partner non informato. In argomento, in dottrina, v. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, 1983, p. 396.

¹¹ Già V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 1935, p. 318, faceva riferimento «all'intrusione di un ammorbato in una pubblica riunione», puntualizzando, poi, in epoca successiva, che «lo stesso malato può rendersi diffusore di germi patogeni mescolandosi dolosamente o colposamente alla popolazione immune, come nel caso del lebbroso che dissimuli il suo stato o che evada da luogo di isolamento» (Id., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 396). Per riferimenti giurisprudenziali alla teoria in parola, v., *supra*, nota 3.

¹² Il fatto tipico non richiede che taluno possieda i germi come un oggetto materiale da lui fisicamente separato, nel senso che gli stessi potrebbero essere propagati da un soggetto agente contagiato (o portatore asintomatico) durante la fase dell'incubazione del virus.

¹³ *Idem*, p. 205.

¹⁴ V., per tutti, G. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IX, t. II, Milano, 2013, pp. 211-212. Questa interpretazione valorizza la collocazione della norma tra i delitti contro la pubblica incolumità per affermare che «l'asse di tutela offerta dall'art. 438 c.p. è teleologicamente orientato verso le vittime

particolare dal pericolo comune, da accertare tramite una valutazione in concreto. Ciò che giustifica la natura comune del pericolo è proprio il numero elevato di vittime, sintomo di diffusione incontrollabile di una malattia infettiva e contagiosa. Da qui, la necessità di selezionare come fatti penalmente rilevanti solo comportamenti concretamente pericolosi¹⁵.

Per contro, altra parte della dottrina e della giurisprudenza considera il delitto di epidemia come reato di danno e, sul presupposto che l'art. 438 c.p. non faccia alcun riferimento letterale alla possibile diffusione della malattia, valuta che la lesione dell'interesse tutelato dipenda dal fatto dell'avvenuta epidemia. In questo senso, la capacità diffusiva dell'epidemia determina una situazione di pericolo – presunta in via assoluta dalla legge – che costituisce solo un effetto del reato già verificatosi¹⁶.

In conclusione, il discrimine tra la rilevanza della condotta *sub specie* del delitto in questione e l'irrilevanza della stessa sarebbe rappresentato dal *dato temporale* entro cui si verifica il contagio che contribuisce a qualificare la fattispecie in termini di reato di pericolo concreto per la pubblica incolumità, ovvero la facile trasmissibilità della malattia ad una cerchia di persone ancora più ampia.

(piuttosto che verso le vittime colpite): il fondamento dell'incriminazione dell'epidemia poggia più sul pericolo di “infezioni secondarie” (o ulteriori), che non sul danno delle persone infettate (c.d. infezioni primarie)».

¹⁵ In questa prospettiva, il delitto di epidemia si configura come reato di pericolo *presunto* o solo *apparentemente presunto*; da qui la necessità che l'epidemia corrisponda ad una malattia infettiva che – per la rapida propagazione dei germi – espone a pericolo la salute di un gran numero di persone. Sulla categoria dei reati di pericolo *apparentemente presunto*, v., per tutti, M. ROMANO, *Sub Pre Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Artt. 1-84, Milano, 2004, p. 341.

¹⁶ V. A. MARANI, *I delitti contro l'ordine e l'incolumità pubblica*, in *Fatto e diritto*, P. Cendon (collana diretta da), Milano, 2008, p. 266; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità*, cit., pp. 209 ss. La giurisprudenza più recente, in realtà, ha condiviso la tesi secondo cui il delitto di epidemia sia un reato, allo stesso tempo, di evento di danno e di evento di pericolo: l'evento di danno corrisponde alla malattia, mentre l'evento di pericolo corrisponde alla propagazione della malattia (Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9133, cit., *supra*, nota 3). In questo senso, il delitto di epidemia si configura come reato di danno e di pericolo presunto, si caratterizza per la previsione di un evento complesso tale da rispecchiare un duplice livello di offensività: nella forma base di cui all'art. 438, c. 1, viene punito il fatto in sé di aver cagionato un danno alla salute di più persone. La norma presenta una duplice dimensione di disvalore: un profilo di dannosità concreta da apprezzare in rapporto alle vittime del morbo epidemico e un profilo di pericolosità presunta in rapporto ai consociati la cui salute non sia stata colpita, ma sia stata messa a repentaglio dalla diffusione dei germi patogeni. Sul punto, cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 209.

2. (Segue): b) La dubbia rilevanza delle condotte omissive

Come sottolineato nel paragrafo precedente, il concetto normativo di epidemia si basa sulla capacità diffusiva della malattia, sulla rapidità incontrollabile con la quale si diffonde e sulla facilità con la quale si trasmette ad un numero indeterminato di persone¹⁷.

In più, sul piano causale, il delitto di epidemia viene codificato mediante lo schema dei reati causalmente orientati: l'epidemia, infatti, come già sottolineato *supra*, deve manifestarsi «*mediante la diffusione di germi patogeni*».

Per il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., dunque, potrebbe assumere rilevanza anche la condotta del titolare di una posizione di garanzia che abbia omesso di impedire l'insorgere o il propagarsi di un'epidemia¹⁸. Perché si consumi il reato commissivo mediante omissione, infatti, non è sufficiente il mancato impedimento dell'evento lesivo da parte di chiunque fosse stato in grado di intervenire, ma è altresì necessario che costui fosse titolare di un preciso obbligo giuridico di impedimento¹⁹.

In altre parole, ai fini della configurazione del delitto di epidemia mediante omissione riveste la qualifica di garante chi è destinatario dell'obbligo giuridico di impedire il verificarsi o il diffondersi della stessa; tra le fonti della posizione di garanzia troviamo, in primo luogo, il t.u.l.san., che individua sia l'autorità medica che ha il dovere di acquisire e fornire informazioni, sia l'autorità amministrativa che ha l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie a contenere e/o evitare il pericolo del sorgere o del propagarsi di un'epidemia²⁰.

¹⁷ In dottrina, per tutti, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 212.

¹⁸ Nel senso che sia configurabile la commissione del reato in esame anche in forma omissiva, poiché non si tratta di un delitto a forma vincolata, bensì a mezzo vincolato (i germi patogeni): cfr. S. CORBETTA, *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, vol. II, *Dei delitti contro l'incolumità individuale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova, 2003, p.16; *contra* A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 213.

¹⁹ Sull'obbligo giuridico di impedire l'evento e con riferimento all'individuazione e classificazione delle fonti dell'obbligo di agire, v., ampiamente, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 646 ss.; M. ROMANO, *Sub Art. 40*, 44 ss., in *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, p. 378 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, 5^a ed., Milano, 2016, p. 262 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale: v. G. DE VERO, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, AA. VV., *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2010, p. 369.

²⁰ Per alcune riflessioni sulla configurabilità del reato di epidemia nel caso di comportamento (omissivo) di un sanitario, v., *infra*, § 7.

D'altronde, il significato del comportamento, ad esempio, del medico viene valutato dall'interprete secondo un'ottica non strettamente naturalistica, «bensì orientata secondo lo specifico *ruolo professionale*: in questo senso, il medico è penalisticamente percepito sempre come *garante* di un trattamento corretto al malato; per cui – si tratti di un errore in un intervento diagnostico materialmente compiuto, ovvero della totale omissione di ogni intervento – ciò che si ritiene conti, ai fini del disvalore penale è in ogni caso il mancato adempimento dell'obbligo di garantire prestazioni adeguate²¹» (da cui sia scaturito un evento lesivo per la salute del paziente).

Considerazioni analoghe – poiché si tratta di soggetti che rivestono il ruolo di garanti e che, in quanto tali, sono tenuti ad adottare le modalità di comportamento finalizzate a prevenire il verificarsi di eventi lesivi – potrebbero valere anche con riferimento alla responsabilità del datore di lavoro per eventuali contagi collegati allo svolgimento dell'attività dell'impresa²² e (come già accennato) in relazione alla posizione dell'autorità amministrativa che ha l'obbligo di adottare tutte le misure

²¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 660, con specifico riferimento al problema della distinzione tra agire ed omettere nel settore sanitario (oltre che nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro per eventi lesivi collegati all'attività d'impresa), che ha finito con l'assumere rilievo pratico in sede di verifica processuale del nesso di causalità. Per di più, soprattutto in ambito medico, sono frequenti situazioni ambivalenti, nelle quali non è chiaro se l'imputazione abbia ad oggetto un intervento inappropriato oppure un'omissione di intervento: nella «stragrande maggioranza di casi il medico agisce, ma, al tempo stesso, *non fa* quel che dovrebbe, sicché la sua prestazione professionale finisce col dispiegarsi in un *continuum* composto da momenti attivi e momenti omissivi»: *Ibidem*, p. 661. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, p. 1978, il quale si orienta per la riconducibilità del fatto nello schema dell'illecito omissivo improprio; contra, Cass. pen., 14 novembre 2007, in *Foro it.*, 2008, II, p. 282. In argomento, cfr., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 317 ss.; G. AMARA, *Condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'accertamento dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2795 ss.

²² Sulla responsabilità del datore di lavoro per il contagio da Covid (profilo che esula dagli obiettivi della presente ricerca), v. R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020; C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale? Spunti sull'art. 29-bis del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40)*, in *Sistema Penale*, 15 giugno 2020, consultabile all'indirizzo telematico www.sistemapenale.it; M.T. FILINDEU, *La violazione di obblighi anti-infortunistici tra illecito permanente e colpa specifica del datore di lavoro: un quadro di sintesi in una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema Penale*, 1 dicembre 2020, consultabile all'indirizzo telematico www.sistemapenale.it; M. MARINELLI, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto rumore per nulla?*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 7/2020, p. 677 ss.

necessarie a contenere e/o evitare il pericolo del sorgere o del propagarsi di un'epidemia.

Ciononostante, secondo l'orientamento ancora prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, la formulazione letterale della norma preclude la combinazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. con la norma di cui all'art. 438 c.p.²³.

Un orientamento dottrinale e giurisprudenziale minoritario, sul presupposto che il reato di epidemia è a forma vincolata e tenuto conto della impossibilità pratica di contestare il delitto nei casi di condotte omissive, si è posto il problema di valorizzare la fattispecie come reato a forma libera, proprio al fine di renderla compatibile con la clausola di cui all'art. 40 cpv. c.p. Tuttavia, il tentativo non ha trovato accoglimento e nell'unica occasione in cui tale soluzione è stata avanzata e prospettata, la Corte di Cassazione ha precisato che la responsabilità per il reato di epidemia colposa non è configurabile a titolo di omissione: «in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione “mediante la diffusione di germi patogeni”, richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera²⁴».

Allo stato, pertanto, rimane prevalente l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale secondo il quale la fattispecie contestata in forma colposa è inapplicabile, con la conseguenza che il reato di epidemia è stato riferito finora solo a condotte commissive a forma vincolata, come tali incompatibili con l'art. 40 cpv. c.p.

In realtà, però, alla luce della casistica che negli ultimi tempi ha riportato l'attenzione degli studiosi sul delitto di epidemia – si allude, segnatamente, alla giurisprudenza in materia di trasmissione del virus HIV a partner non informato ed al contagio da Coronavirus²⁵ – rinnovando l'interesse dell'interprete sulla sua concreta portata applicativa della norma, non può escludersi che future decisioni, allineandosi alle interpretazioni più estensive del concetto di *diffusione*, giungano ad ammettere la possibilità di realizzare il reato anche in forma omissiva²⁶.

²³ Cfr. A. MARANI, *I delitti contro l'ordine*, cit., p. 270; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità*, cit., pp. 212 ss. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 2597, in *Riv. pen.*, 2011, 5, p. 518.

²⁴ Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133, cit., *supra*, nota 3. Sul punto, v. la nota di S. FELICIONI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2018.

²⁵ V., *infra*, §§ 5; 5.1; 5.2.

²⁶ P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *Sistema Penale*, 8 luglio 2020, il quale ha recentemente sostenuto che se, ad esempio, «in un ampio ambiente ospedaliero c'è un

3. (*Segue*): c) L'elemento psicologico del reato

L'ipotesi dolosa del delitto di epidemia richiede che l'agente si rappresenti e voglia la diffusione di germi patogeni, oltre che la determinazione dell'evento epidemia, unitamente alla consapevolezza della efficacia patogenetica dei germi diffusi²⁷.

Un diverso orientamento, più risalente nel tempo, richiede in capo al soggetto agente il dolo specifico, consistente nel perseguire la finalità precipua di provocare l'epidemia²⁸.

Mentre per gli esponenti di entrambi gli orientamenti citati il dolo è unicamente intenzionale, a parere di chi scrive sembra più persuasiva la tesi, ancorché minoritaria in dottrina, che ritiene la struttura del delitto di epidemia compatibile con la figura del dolo eventuale²⁹.

Qualora, poi, il delitto sia realizzato nella forma omissiva, perché si abbia dolo (anche nella forma del dolo eventuale), è necessario che l'agente si rappresenti la situazione di fatto da cui nasce il dovere di agire e sia consapevole, o quantomeno accetti il rischio, che il compimento dell'azione doverosa omessa possa impedire il verificarsi dell'epidemia³⁰.

paziente affetto dal virus SARS-coV-2 a contatto con altri pazienti e con il personale ospedaliero: ci sono (...) i presupposti per la diffusione (...). L'omissione consiste nel non inserire un ostacolo alla diffusione». L'autore raggiunge la conclusione in parola sul presupposto che l'epidemia non sia un reato a forma vincolata, «perché il legislatore non ha selezionato una modalità di commissione, ma ha solo preso atto dell'unica modalità di commissione. È un reato a forma *naturalisticamente vincolata, non giuridicamente*» [*corsivo nostro*]. Per approfondimenti sull'opportunità di valorizzare l'orientamento in parola anche nella prassi giurisprudenziale, v. *infra*, § § 7 e 8.

²⁷ Si tratta di un'ipotesi di c.d. dolo generico: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano, 2008, p. 36; A. BONFIGLIOLI, *I delitti di comune pericolo mediante frode: epidemia (art. 438)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da M. Papa, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, vol. IV, *Delitti contro l'incolumità pubblica e reati in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, p. 393; S. CORBETTA, *Trattato*, cit., p. 98. In giurisprudenza: v. Trib. Verona, 29 luglio 1957, De Beni, in *Archivio pen.*, 1958, II, p. 432.

²⁸ E. BATTAGLINI – B. BRUNO, voce *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1062, p. 7; C. ERRA, voce *Epidemia*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 17; *contra* S. CORBETTA, *Trattato*, cit., p. 99.

²⁹ Così S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 4; S. CORBETTA, *Trattato*, cit., p. 99.

³⁰ Di particolare interesse il caso riportato da S. CORBETTA, *Trattato*, cit., p. 99: si pensi al direttore di un centro di fecondazione medicalmente assistita sull'orlo del fallimento, il quale, pur essendo a conoscenza che numerosi spermatozoi sono infetti dal virus dell'epatite, non interrompa gli interventi di inseminazione artificiale per non perdere i clienti, accettando il rischio della diffusione del virus in un'ampia cerchia di persone.

Per il disposto dell'art. 452 c.p., infine, il reato è punito anche a titolo di colpa, qualora l'agente diffonda germi che conosce come patogeni per negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, senza l'intenzione di cagionare un'epidemia³¹.

Con riferimento alle ipotesi di maggiore attualità – tenuto conto della struttura peculiare del reato colposo di cui all'art. 43, terza alinea, c.p. – la trattazione dell'epidemia colposa dovrà essere differenziata in relazione alla colpa c.d. *speciale* (o *professionale*), ad esempio, da contagio in ambito medico-sanitario ed agli altri coefficienti colposi, su questa linea, configurabili in capo ai pazienti contagiati: così, da un lato, si configura la colpa *generica* di chi diffonda germi patogeni, non rispettando le regole precauzionali di fonte sociale e le prescrizioni di contenimento del contagio imposte dalla pubblica autorità; dall'altro, invece, è ravvisabile la colpa *specificata* in capo a chi determini il contagio tramite la diffusione di germi patogeni sulla base della violazione di leggi, regolamenti o di provvedimenti adottati dalla pubblica autorità per contrastare la diffusione epidemica³².

4. Gli orientamenti della prassi applicativa sul delitto di epidemia: a) la contaminazione dell'acqua pubblica

Con la sentenza n. 9133 del 12 settembre 2017³³, la Quarta Sezione penale della Corte di Cassazione, con riferimento al caso di contaminazione dell'acqua pubblica avvenuto nel Comune di San Felice del Benaco in provincia di Brescia nel giugno del 2009, che aveva determinato una diffusa infezione di gastroenterite nella popolazione, tornava ad occuparsi del reato di epidemia – originariamente contestato al responsabile del settore idrico della società deputata alla gestione dell'acquedotto civico – riquilificandolo in quello di adulterazione colposa di sostanze alimentari, di cui agli artt. 440, comma 1, e 452, comma 2, c.p.

La vicenda riguardava un'infezione di gastroenterite che aveva colpito, nell'estate del 2009, più di 1500 persone tra turisti e residenti di un piccolo comune

³¹ In tema di epidemia colposa, nella giurisprudenza di merito, v., in particolare, Trib. Bolzano, 2 marzo 1979, Rier, in *Giur. di merito*, 1979, p. 950.

³² La disposizione di cui all'art. 452 c.p. sembra ulteriormente sollecitata dall'attualità epidemiologica delle malattie infettive, incluso il covid-19. Sul punto, v. anche, *infra*, § 7, con riferimento alla configurabilità del delitto di epidemia nel caso di comportamento omissivo del sanitario.

³³ Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2017, cit., nota 3, p. 3214.

appartenente alla provincia di Brescia e che era dovuta alla presenza di alcuni virus e batteri patogeni (tra cui Norovirus, Clostridium Perfringens ed Escherichia Coli) nell'acqua potabile distribuita dall'acquedotto comunale.

Nel febbraio 2013, il Tribunale di Brescia dichiarava il dirigente del settore ciclo idrico della società addetta alla gestione e manutenzione dell'acquedotto locale responsabile del reato di epidemia colposa, di cui agli artt. 40, comma 2, 438, comma 1, e 452, comma 1, n. 2, c.p.³⁴, per aver omesso le dovute misure di manutenzione dell'acquedotto, nonché quelle necessarie nel processo di trattamento e potabilizzazione delle acque, a cui era seguita la proliferazione dei microrganismi patogeni. Risultava, infatti, provato dalle relazioni peritali che l'adozione dell'opportuno sistema di disinfezione e una manutenzione meno deficitaria dell'acquedotto pubblico avrebbero garantito un sufficiente grado di potabilità dell'acqua erogata alla cittadinanza.

La Corte d'Appello di Brescia confermava la decisione dei giudici di primo grado³⁵, puntualmente impugnata dalla difesa che proponeva ricorso per cassazione, denunciando, in particolare, l'erronea applicazione dell'art. 438 c.p. sulla base del rilievo che esso configurerebbe non già un reato a forma libera, bensì a forma vincolata, che non ammette pertanto l'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p.

La Suprema Corte muoveva innanzitutto dalla ricostruzione della nozione giuridica di epidemia prevista dall'art. 438 c.p. Tale nozione – osservavano i giudici – risulta più ristretta rispetto a quella elaborata dalla scienza medica³⁶, poiché la locuzione «mediante la diffusione di germi patogeni», contenuta nella fattispecie incriminatrice, circoscrive la punibilità alle sole condotte che abbiano cagionato

³⁴ Dichiarando in esso assorbito l'ulteriore reato contestato dalla pubblica accusa di commercio colposo di sostanze alimentari nocive (*ex artt. 444 e 452, comma 2, c.p.*).

³⁵ Pur concedendo all'imputato l'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. in considerazione del risarcimento dei danni effettuato in favore di numerose parti civili e della condotta collaborativa tenuta dopo la propagazione dell'infezione, al fine di ripristinare la salubrità dell'acqua ormai contaminata.

³⁶ L'epidemia si verifica quando un soggetto ammalato contagia più di una persona e il numero dei casi di malattia aumenta rapidamente in breve tempo. L'infezione si diffonde, dunque, in una popolazione costituita da un numero sufficiente di soggetti suscettibili. Spesso si riferisce al termine di epidemia un aumento del numero dei casi oltre l'atteso in una particolare area e in uno specifico intervallo temporale. Le epidemie sono considerate tali caso per caso. Per comprendere meglio, negli Stati Uniti, vengono considerati due esempi: l'HIV e la febbre tifoide. L'HIV è chiaramente una malattia diffusa, ma non un'epidemia. La febbre tifoide fece ammalare 51 persone a Long Island nel 1906. È un numero estremamente piccolo, relativamente parlando, ma all'epoca e in quella specifica area, 51 casi di febbre tifoide erano un picco abbastanza drammatico da essere considerato un'epidemia: *www.agi.it*. Sulla nozione giuridica di epidemia, v., *supra*, § 1.

l'evento secondo un preciso percorso causale e cioè mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni.

Tale disposizione non può che riferirsi, pertanto, ad una condotta commissiva a forma vincolata, «di per sé incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera, ovvero a quelle la cui realizzazione prescinde dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali». La clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. e quindi la responsabilità omissiva, *rectius* per omesso impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, risulta incompatibile con la natura giuridica del reato di epidemia³⁷.

³⁷ La Corte precisava inoltre che la condotta ascritta all'imputato risultava carente di tipicità non solo in relazione all'art. 438 c.p. per i motivi appena illustrati, ma anche rispetto al reato di commercio colposo di sostanze alimentari nocive, di cui agli artt. 444, comma 1, e 452, comma 2, c.p., originariamente contestato all'imputato e ritenuto assorbito nel più grave delitto di epidemia dai giudici di merito. Ad avviso dei giudici di legittimità, infatti, l'acqua potabile distribuita negli acquedotti non può essere ricondotta alla nozione di "sostanza alimentare" di cui all'art. 444 c.p. Tale requisito va riconosciuto – proseguiva la Corte – soltanto alle acque minerali confezionate ed immesse sul mercato e non già alla mera acqua corrente, la quale non subisce alcun processo di trasformazione industriale, seppur contenuto (come avviene appunto nel caso in cui l'acqua venga prelevata dalla rete idrica per essere poi trattata e imbottigliata). La salubrità delle acque destinate all'alimentazione esula, pertanto, dall'oggetto di tutela di tale disposizione. Esclusa la possibilità di applicare al caso di specie l'ipotesi di epidemia (oltre che quella di commercio di sostanze alimentari nocive), la Cassazione si interrogava su quale fosse la corretta qualificazione giuridica del fatto, chiedendosi in particolare se si potessero configurare le ipotesi delittuose previste dagli artt. 439 e 440 c.p., nella forma colposa di cui all'art. 452 c.p., che sanzionano rispettivamente l'avvelenamento di acque e l'adulterazione di sostanze alimentari. Entrambe le fattispecie, infatti, menzionano in modo esplicito, accanto alle "sostanze alimentari", anche le "acque". L'art. 440 c.p. dispone: «chiunque corrompe o adultera acque o sostanze destinate all'alimentazione [...] rendendole pericolose alla salute pubblica». La Corte muoveva dall'assunto secondo cui la condotta di avvelenamento di acque o sostanze destinate all'alimentazione di cui all'art. 439 c.p. presenta un «intrinseco coefficiente di offensività, tant'è che il concreto pericolo per la salute pubblica deve ritenersi implicitamente ricompreso nella stessa tipologia di condotta». L'ipotesi delittuosa di cui all'art. 440, comma 1, c.p. si connota, invece, per una minore pregnanza lesiva, come dimostrato dal fatto che il legislatore ancora la punibilità soltanto al caso in cui la condotta di adulterazione o contraffazione determini, in concreto, un pericolo per la salute pubblica. Il distinguo tra le due norme incriminatrici deve quindi essere ravvisato nella maggiore o minore gravità dell'offesa, ovvero nella maggiore o minore pericolosità in concreto della condotta rispetto al bene giuridico protetto da entrambe le disposizioni (la salute dei cittadini). Ne deriva quindi che le due fattispecie – quella di avvelenamento e quella di adulterazione – si pongono in un rapporto di sussidiarietà: l'avvelenamento si caratterizza per l'immissione di sostanze contaminanti di natura e in quantità tale che la loro assunzione, pur non avendo necessariamente potenzialità letale, produce in via ordinaria effetti tossici di notevole allarme sanitario, mentre l'adulterazione di acque determina un rischio sanitario di entità minore. In giurisprudenza, sul punto v. Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 2597, Ceriello; Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9133, cit., *supra* nota 3.

I Supremi Giudici hanno ritenuto che la condotta tenuta nel caso concreto dal responsabile dell'acquedotto locale fosse riconducibile all'ipotesi colposa del delitto di cui all'art. 440, comma 1, c.p., in ragione della concentrazione non elevata degli agenti patogeni veicolati nell'acqua e del loro ruolo eziologico nella diffusione della malattia infettiva – la gastroenterite – che, pur essendo stata contratta da un numero significativo di persone, non era risultata particolarmente nociva per la salute, tenuto conto anche della rapidità dei tempi di guarigione (inferiori a venti giorni).

I giudici osservavano poi che, a differenza dell'epidemia, la fattispecie delittuosa di adulterazione di acque è suscettibile di essere integrata sia in forma commissiva che omissiva qualora, come accaduto nel caso in commento, il titolare della posizione di garanzia ometta di adottare le misure necessarie ad evitare la proliferazione di virus e batteri che determinino il corrompimento delle acque destinate al consumo umano, poiché l'art. 440 c.p. contempla un reato a forma libera, senza alcuna predeterminazione *ex lege* delle modalità di realizzazione dell'evento lesivo.

In conclusione, nel riqualificare il reato contestato in quello di adulterazione colposa di acque destinate all'alimentazione di cui agli artt. 40, comma 2, 440, comma 1, e 452, comma 2, c.p., escludendo la configurabilità del delitto di cui all'art. 438 c.p., i giudici di legittimità confermano l'interpretazione tradizionale del reato di epidemia anche con riferimento alla sua incompatibilità con la clausola generale di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

5. (*Segue*): *b*) la trasmissione del virus HIV per via sessuale a partner non informato

Nell'ambito delle *attività lecite* da cui può scaturire una fattispecie delittuosa, si distinguono, in particolare, i casi di trasmissione del virus HIV tramite rapporti sessuali con *partner* non informato. Si tratta di una problematica che fa notare le esitazioni della prassi applicativa rispetto a temi che coinvolgono contraddittorie istanze sociali ed inevitabili esigenze di politica criminale.

La questione si è posta di recente con riferimento al caso di un uomo che, con plurime condotte ritenute espressione di un medesimo disegno criminoso, avrebbe trasmesso il virus dell'HIV a diversi soggetti, esposto altri al rischio di contrarre l'infezione, contraffatto un certificato medico e infine cagionato un'epidemia³⁸.

³⁸ In particolare, si contestano trentaquattro addebiti per lesioni personali gravissime nella forma

Nessuna novità si riscontra per i capi d'imputazione concernenti la trasmissione del virus tramite plurimi e ripetuti rapporti sessuali avvenuti senza precauzione e senza informazione alcuna da parte del soggetto sieropositivo e consapevole di esserlo: per costante orientamento giurisprudenziale, infatti, tale comportamento configura una lesione personale gravissima che determina una malattia certamente o probabilmente insanabile³⁹.

Maggiormente problematica è invece la questione se un soggetto che trasmette il virus HIV ad una pluralità di persone possa essere chiamato a rispondere proprio del reato di epidemia.

consumata e ventitré nella forma tentata, tutti aggravati dai futili motivi, in quanto l'imputato avrebbe intrattenuto rapporti sessuali non protetti per mero piacere personale e nella consapevolezza di potere trasmettere il virus. Si contestano altresì un addebito per falsità materiale, per avere alterato un certificato medico dal quale emergeva che l'uomo non risultava reattivo al test per la ricerca degli anticorpi anti HIV e un addebito per il delitto di epidemia. Sul decreto che dispone il giudizio in parola, v., tra gli altri, l'attenta analisi di F. MANFREDI, *Può un uomo cagionare un'epidemia da virus hiv?, La prospettiva Manzoniana (e Manziniana) di una recente decisione* (nota a G.U.P. Roma, decreto 14 novembre 2016, Giud. Battistini), in *Diritto penale contemporaneo*, 7 marzo 2017.

³⁹ Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712; Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2012, n. 13388; Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2012, n. 38388; Cass. pen., sez. V, 25 ottobre 2012, n. 13272; Cass. pen., sez. V, 19 novembre 2014, n. 5597; Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2015, n. 23992, con particolare riferimento alla responsabilità penale per trasmissione del virus HIV ed alla applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 583, 584, 585 c.p. Le sentenze citate sono tutte consultabili sulla banca dati giuridica www.iusexplorer.it. Sebbene, infatti, l'essere meri portatori del virus dell'immunodeficienza umana non si traduca nell'aver sviluppato una malattia, la giurisprudenza di legittimità ha largamente preferito continuare a sussumere nell'alveo della nozione di *malattia*, di cui all'art. 583 c.p., l'infezione da HIV. Così Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2010, n. 43763, Adamo, Rv. 248778; Cass. pen., sez. V, 25 ottobre 2012, n. 8351, consultabile sulla banca dati giuridica www.dejure.it. Si rammenti che il virus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) è l'agente responsabile dell'AIDS (*Acquired ImmunoDeficiency Syndrome*). Il primo è il retrovirus del genere lentivirus, che si caratterizza per dare origine ad infezioni croniche, la seconda, invece, è malattia conclamata. Tali definizioni sono tratte dai siti dell'Istituto Superiore di sanità: <http://www.iss.it/aids/> e <http://www.epicentro.iss.it/>.

³⁹ Sul punto, v. l'analisi di F. MANFREDI, *Può un uomo cagionare un'epidemia*, cit., p. 6 s., cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti giurisprudenziali: in particolare, la sentenza del Trib. Bolzano, 13 marzo 1979, in *Giur. mer.*, 1979, pp. 945 ss., con riferimento alla diffusione di casi di salmonella; nonché le sentenze di assoluzione del G.u.p. Trento, 12 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3940-3946, con nota di N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia* (Nota a G.U.P. Trib. Trento, 12 luglio 2002), in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3946-3956 e del Trib. Trento, 16 luglio 2004, in *Riv. pen.*, pp. 1231 ss., in merito ai soggetti contagiati con virus HBV, HCV e HIV, a seguito di somministrazione terapeutica di emoderivati infetti.

Nel caso d'interesse, l'imputato avrebbe trasmesso, mediante rapporti sessuali, il virus HIV a trenta *infettati primari* e quattro *infettati secondari*⁴⁰; ventitré sarebbero invece i soggetti identificati esposti al pericolo di contagio.

L'impianto accusatorio sosteneva che, per cagionare l'epidemia, l'imputato si sarebbe servito del virus da cui risulta tuttora affetto; il comportamento reticente ed omissivo relativo alla mancata rivelazione del proprio stato di sieropositività, unitamente alla contraffazione delle analisi, avrebbe, invece, configurato il complessivo atteggiamento fraudolento strumentale alla realizzazione del delitto.

Il reato è collocato nell'arco temporale compreso tra il 2006 — anno in cui l'uomo ha appreso di essere sieropositivo — ed il 2015: il fattore temporale, unitamente al numero delle persone colpite, all'estensione territoriale dei fatti, all'incertezza del contagio ed alla capacità espansiva dell'infezione sono certamente fattori rilevanti ai fini della risoluzione della vicenda giudiziaria⁴¹.

I giudici della Corte d'Assise di Roma hanno deciso di condannare l'imputato per le lesioni gravissime nei confronti delle vittime del contagio, ma hanno escluso la sussistenza del reato di epidemia dolosa⁴².

La difesa sosteneva che l'agente avesse assunto un comportamento irresponsabile, ma non volesse trasmettere il virus. Chi ha indagato sulla vicenda ha, invece, considerato l'uomo responsabile di decine di infezioni, nonostante il ceppo virale di HIV fosse quello più diffuso in Italia ed in Europa ed in casi analoghi a quelli esaminati non sia possibile stabilire il modo ed il tempo del contagio. In altri termini, all'imputato è stato contestato di avere causato una vera e propria "strage sociale", causata da efferata sregolatezza sorretta dalla consapevolezza che con plurimi rapporti sessuali non protetti avrebbe contagiato le sue *partner*⁴³.

⁴⁰ Tre vengono identificati nei compagni delle persone contagiate in una prima fase e un quarto nel neonato di una di esse, a cui il virus sarebbe stato trasmesso durante il parto.

⁴¹ In questo senso, F. MANFREDI, *Può un uomo cagionare un'epidemia*, cit., p. 12.

⁴² Corte d'Assise di Roma, 18 ottobre 2017, *inedita*. Altre 25 persone sono state contagiate indirettamente.

⁴³ A questo proposito i giudici di merito valorizzano l'assunto sotteso ad un noto precedente giudiziario nel quale l'organo giudicante riconosce la sussistenza, in capo al soggetto sieropositivo, di un vero e proprio *obbligo di informazione* — sia morale che giuridico — nei confronti del *partner*, relativamente al proprio quadro clinico. Tale obbligo è il risultato di un bilanciamento tra il diritto alla *privacy* del soggetto affetto dal virus e la tutela del diritto alla salute, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, di coloro che abbiano contatti *a rischio* con il sieropositivo: Tribunale di Cremona, 14 ottobre 1999, *Lucini*, in *Foro it.*, 2000, II, p. 348, con nota di E. NICOSIA, *Contagio di aids tra marito e moglie e omicidio doloso*. Per approfondimenti sulla casistica in commento, v. tra i molti, B. MAGLIONA, *Contagio da HIV/AIDS per via sessuale e intervento penale: alcuni spunti di riflessione*

Nell'accertamento del nesso eziologico tra la condotta incriminata e la trasmissione del virus hanno svolto un ruolo centrale le singole vicende narrate dalle persone offese, anche tenuto conto dell'elevata similarità genetica – verificata dalle consulenze tecniche – tra il ceppo virale che albergava nell'agente e quello riscontrato in ciascuno dei soggetti contagiati.

In secondo luogo, è stato escluso che l'infezione potesse scaturire da terzi soggetti, poiché dall'istruttoria dibattimentale è emerso che nessuna delle vittime fosse entrata in contatto con altri contagiati appartenenti al medesimo *cluster* epidemico dell'autore.

Infine, la prova della direzione del contagio nei confronti di questi ultimi è stata riconosciuta sulla base dell'assenza di protezione nei rapporti sessuali ed in ragione della lunga durata di ogni relazione con conseguente esponenziale aumento del rischio di contagio.

Su questa linea, viene affermata la responsabilità penale per il delitto di lesioni personali, di cui si ritiene sussistente l'*evento-malattia* associato specificamente al momento della verifica del contagio. Per quanto concerne la prova del requisito psicologico, risulta provato il dolo *sub specie* di dolo eventuale⁴⁴.

medico legale, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1530 ss.; A. CASTALDO, *Aids e diritto penale. Tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/8-90, p. 10 ss.; L. MASERA, *Contagio da AIDS e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 1174-1183; ID., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007; K. SUMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 299 ss.; G. FORTE, *Morte come conseguenza di contagio da HIV: profili soggettivi*, in *Foro it.*, 2001, II, p. 293 ss.; G. MASOTTI – B. MAGLIONA – D. RASTELLI, *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, vol. XXV, 2003, 3-4, p. 507 ss.; S. CANESTRARI, *La rilevanza penale del rapporto sessuale non protetto dell'infezione Hiv nell'orientamento del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 149 ss.; G. FIANDACA, *Omissione di misure anti-AIDS e contagio di un'infermiera in un reparto ospedaliero*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 149 ss.; A. CADOPPI – S. CANESTRARI, *Casi e materiali di diritto penale. Parte generale*, a cura K. SUMMERER, Milano, 2002; G. AMATO, *Va indagato l'“animus” dell'agente senza prescindere dal contesto culturale*, in *Guida al dir.*, 2008, 50, p. 113 ss.; E. FORTUNA, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'Aids*, in *Riv. it. med. leg.*, 1988, p. 463 ss.; S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 2018, p. 221 ss.

⁴⁴ In questo senso, cfr. Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2015, n. 23992, in *Cass. pen.*, 2016, 6, p. 2461; Cass. pen., sez. V, 19 novembre 2014, n. 5597; Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2012, n. 13272, queste ultime entrambe consultabili sulla banca dati giuridica *dejure.it*; Cass. pen., sez. V, 10 dicembre 2010, n. 43763, in *Cass. pen.*, 2011, 10, p. 3462; Cass. pen., sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *Guida al dir.*, 2008, 50, p. 113. *Ex pluribus*, Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2013, n. 8351, in *Diritto e Giustizia online 2013*, 1 marzo: «In tema di lesioni personali, costituisce malattia qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, onde lo stato di malattia perdura fino a quando sia in atto il suddetto

La responsabilità a titolo di lesioni personali dolose, poi, nel caso di specie, è stata suffragata dal riscontro della finalità perseguita dall'agente – il soddisfacimento sessuale – inteso come vantaggio ricercato seppur al costo del contagio altrui⁴⁵.

processo di alterazione. (In applicazione del principio si è ritenuto che costituisce malattia l'instaurazione nell'organismo di un meccanismo degenerativo, che, se non fronteggiato tempestivamente e costantemente con l'assunzione di terapia farmacologica, conduce ad ulteriori alterazioni e alla fase conclamata di Aids)». Secondo la ricostruzione operata dai giudici di prime cure, infatti, l'autore era consapevole della patologia che lo affliggeva, nonché delle modalità di trasmissione del virus (Corte d'Assise di Roma, 27 ottobre 2017, n. 15, p. 68). Nel caso *de quo*, inoltre, l'agente avrebbe dovuto avere una più ampia rappresentazione del pericolo di contagio, in considerazione del fatto che la madre aveva sofferto per la stessa patologia ed era deceduta in conseguenza di essa. Ciononostante, l'autore ha continuato a tenere le condotte incriminate non osservando le cautele doverose di cui era informato. Su questa linea, i primi Giudici hanno riscontrato non soltanto l'elemento della previsione, ma anche quello dell'accettazione della probabilità di verificazione del contagio in capo all'agente, circostanza quest'ultima destinata inevitabilmente ad aumentare con il numero di rapporti tenuti con la medesima persona. La Corte d'Assise, nel caso in esame, segue, dunque, la linea tracciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza Thyssenkrupp a proposito del criterio distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente (Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 2, p. 426): l'agente avrebbe accettato la verificazione dell'evento lesivo – aderendo mentalmente allo stesso – come prezzo per conseguire il vantaggio anelato, ossia l'appagamento sessuale. I Giudici di legittimità – forse anche in ragione delle annose difficoltà di dar prova, in sede processuale, del contegno doloso del reo – hanno elaborato i c.d. “indizi” o “indicatori” del dolo eventuale. Si tratta di ben undici parametri che certamente non configurano la colpevolezza, ma costituiscono un valido supporto nella ricostruzione del percorso motivazionale e dell'*iter* decisionale dell'autore del fatto. Il Supremo Consesso, nella citata sentenza Thyssen, ne ha messo in evidenza la natura di “catalogo aperto”, sottolineando che nella fattispecie concreta è possibile riscontrare anche solo alcuni di essi e, ciononostante, si può ritenere sussistente la forma meno grave di dolo. Gli indicatori del dolo eventuale elaborati sono i seguenti: 1) la condotta; 2) la lontananza dalla condotta *standard*; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore; 4) la durata e la ripetizione della condotta; 5) la condotta successiva al fatto; 6) il fine della condotta, la sua motivazione di fondo, e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del prezzo connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione; 7) la probabilità di verificazione dell'evento; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito; 10) l'*iter* che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso; 11) il giudizio controfattuale alla stregua della prima formula di Frank. In questo senso, il caso in commento presenta una ulteriore peculiarità, poiché – ad una attenta analisi – sembra possibile riscontrare ciascuno dei requisiti sopra descritti rivelatori della sussistenza del dolo eventuale nel caso di specie. In dottrina, v. G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2015, p. 77 ss.; G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1938 ss.; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2015, p. 559 ss.; S. RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità, e colpevolezza*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1076 ss.; ID., *Essenza e confini del dolo*, cit.;

⁴⁵Sulla base di tali valutazioni il giudice del merito ravvisa altresì la circostanza aggravante dei futili motivi: Corte d'Assise di Roma, 27 ottobre 2017, n. 15, p. 106. Viene, innanzitutto, ritenuta

Cade, invece, l'imputazione *ex art.* 438 c.p., sulla base del difetto di tipicità della condotta concreta per rapporto a quella descritta dalla norma incriminatrice. Secondo i giudici di prime cure vi sarebbe un importante gap tra la nozione giuridica di epidemia e quella utilizzata in ambiente sanitario; si tratta di una differenza resa palese anche dalle risultanze delle consulenze tecniche, in cui si parla (esclusivamente) di *cluster* epidemico inteso come «*aggregazione di casi collegati tra loro in un'area o in un periodo di tempo*». L'epidemia, invece, stando alle definizioni fornite dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), consiste nel «*verificarsi di un numero di casi, in una specifica comunità o regione, di una malattia o altro evento correlato alla salute, chiaramente in eccesso rispetto al numero atteso*⁴⁶».

Dalla collocazione sistematica del delitto di epidemia nel corpo del codice penale emerge, poi, che il bene-interesse tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 438 c.p. è la pubblica incolumità⁴⁷; ai fini dell'imputazione, tale circostanza implica che il pericolo di contagio interessi un elevato numero di soggetti.

In questo senso, il giudice di prime cure mutua l'insegnamento delle Sezioni Unite in materia di risarcimento del danno per contagio del virus HBV e HCV; è in questa occasione che il Supremo Consesso individua l'elemento tipizzante dell'epidemia nella incontrollabile diffusività di un virus, aspetto che non è stato

sussistente la sproporzione tra la volontà di intrattenere rapporti sessuali, realizzando un maggior appagamento rinunciando all'utilizzo di una protezione, e la gravità della condotta criminosa. Per completezza, occorre precisare che è stata riscontrata anche l'aggravante speciale di cui all'art. 583, comma 2, n. 1, dell'aver cagionato una *malattia insanabile*; per l'orientamento citato, infatti, l'HIV integra, la nozione giuridica di malattia, della quale, tra l'altro, non esistono prospettive mediche di guarigione. L'imputato viene, tuttavia, assolto dall'accusa di tentate lesioni personali, ai danni di quei soggetti con i quali ha intrattenuto rapporti sessuali, ma che non sono stati contagiati; il giudice di prime cure sposa l'ormai consolidato orientamento che ritiene la incompatibilità tra il dolo eventuale ed il tentativo. Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2017 (16 marzo 2017), n. 12813; Cass. pen., sez. VI, 16 aprile 2012, n. 14342; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2010, n. 25114; Cass. pen., sez. I, 14 novembre 2007, n. 44995; Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 2006, n. 5849. Le sentenze citate sono tutte interamente consultabili sulla banca dati giuridica: *www.iusexplorer.it*.

⁴⁶ La definizione è tratta dal sito telematico: *www.salute.gov.it*.

⁴⁷ In realtà, l'incidenza della globalizzazione sul fenomeno epidemico ha determinato l'interessamento di beni giuridici tutelati che non si risolvono nella sola incolumità pubblica, investendo anche la salute pubblica, la vita e l'incolumità individuale, l'economia pubblica e la sicurezza internazionale: ciò consente di sottolineare la nuova matrice plurioffensiva del delitto di epidemia, lesivo anche del c.d. "ordine internazionale" che persegue la prevenzione e il contenimento delle malattie infettive. Su punto, v. E. 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. proc. pen.*, fasc. 1, 2020, p. 179 ss. In tema, v. anche S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, p. 593.

riscontrato, invece, nel caso della trasmissione del virus dell'epatite. Perché possa configurarsi il delitto di epidemia, quindi, occorre la «*rapidità della diffusione, la diffusibilità ad un numero indeterminato e notevole di persone, l'ampia estensione territoriale del male*⁴⁸».

È proprio sulla base delle superiori argomentazioni che, nel giudizio di primo grado, viene ritenuto non rimproverabile il delitto di epidemia all'agente. Sebbene l'accusa e le parti civili abbiano insistito sul peculiare atteggiarsi del virus HIV – che si può manifestare anche a distanza di un notevole numero di anni – il delitto di epidemia è stato escluso per il difetto del requisito della rapidità della diffusione.

Da qui, la condanna dell'imputato a ventiquattro anni di reclusione⁴⁹ per il delitto di lesioni personali aggravate e l'assoluzione dal delitto di epidemia perché *il fatto non sussiste*.

5.1 – *L'assoluzione dal delitto di epidemia: il differente decorso causale descritto dai Giudici d'Appello*

Il secondo grado del processo in commento origina dall'impugnazione della sentenza di primo grado da parte del Pubblico Ministero che contesta le conclusioni dei primi giudici in merito all'assoluzione dell'imputato dal delitto di epidemia di cui all'art. 438 c.p.

Nell'atto di appello, la pubblica accusa censura proprio la distinzione tra le nozioni di *cluster* epidemico ed *epidemia*, che conduce a ravvisare nel caso in esame la prima fattispecie e non la seconda. L'accusa lamenta che la consulenza tecnica – cui aderisce la prima sentenza – adopera il termine *cluster* sul presupposto che la diffusione del virus HIV abbia un'estensione a livello mondiale, tale da integrare la nozione di epidemia, mentre quella cagionata dall'agente sarebbe riconducibile ad un sottoinsieme del ceppo specifico da cui era affetto l'imputato.

A ciò si aggiungono altri elementi che inducono a ritenere fondata la responsabilità a titolo di epidemia e segnatamente: la lesione del diritto alla salute altrui scaturita da una condotta pericolosa tesa a cagionare una potenziale e

⁴⁸ Corte d'Assise di Roma, 27 ottobre 2017, n. 15, pp. 107-108, in cui richiama il pronunciamento di un giudice di merito, GIP Savona, 6 febbraio 2008.

⁴⁹ Corte d'Assise di Roma, 27 ottobre 2017, n. 15, p. 109, effettua il calcolo partendo dalla pena-base di anni 8 di reclusione per le lesioni cagionate ad una delle donne, la quale ha a sua volta trasmesso il virus HIV al bimbo nato da questa relazione, e lo aumenta di 6 mesi per ciascuno degli altri 32 delitti. Di qui, la condanna a 24 anni di reclusione.

incontrollabile diffusione del virus poiché ogni contagiato può divenire, a sua volta, veicolo di trasmissione e contagio⁵⁰.

Pur concordando sulla errata distinzione tra i concetti di *epidemia* e *cluster epidemico* valorizzata dal primo giudice, la Corte d'Appello traccia un nuovo *discrimen* tra la nozione giuridica di epidemia e quella scientifica, sottolineando che per la scienza medica, *epidemia* è «ogni malattia infettiva o contagiosa suscettibile, per la propagazione dei suoi germi patogeni, di una rapida e imponente manifestazione in un medesimo contesto e in un dato territorio colpendo un numero di persone tale da destare un notevole allarme sociale e un correlativo pericolo per un numero indeterminato di individui⁵¹».

Sul versante giuridico, invece, il legislatore non fornisce una definizione di epidemia, nozione che viene ricostruita in via interpretativa e che, rispetto alla definizione scientifica, è più ristretta e circoscritta. L'espressione *mediante la diffusione di germi patogeni*, di cui all'art. 438 c.p., infatti, restringe il perimetro di tipicità della fattispecie, in quanto manifesta la volontà del legislatore di incriminare soltanto le condotte caratterizzate da questo preciso decorso causale; l'organo giudicante conferma la qualifica del delitto *de quo* quale reato a forma vincolata, con la peculiare conseguenza che una condotta non riconducibile alla lettera della norma non è suscettibile di rientrare nell'ambito applicativo della stessa, risultando così penalmente irrilevante.

La pronuncia in parola, in questo senso, riprende un orientamento già sostenuto dalla Corte di Cassazione, Sezione Civile⁵², che contiene una precisa definizione del delitto di epidemia; configurabile esclusivamente al ricorrere di due elementi: l'incontrollabile *diffusività* in un numero rilevante di soggetti e l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da un soggetto all'altro. Quest'ultima sentenza – seppur in materia di responsabilità aquiliana per trasmissione del virus HIV – premette che il virus della immunodeficienza umana

⁵⁰ Infine, viene impugnata la assoluzione dalla imputazione per tentate lesioni personali, stabilita in base alla ritenuta incompatibilità tra il dolo eventuale e il delitto tentato. In questa sede, il P.M. ritiene che l'elemento soggettivo del reato vada, più correttamente, configurato come dolo diretto alla commissione del delitto di epidemia; si argomenta come la fattispecie concreta tradisca una direzione della volontà dell'autore a trasmettere il virus HIV alle proprie vittime, e non invece ad agire nel disprezzo della loro incolumità al fine ultimo di ottenere un appagamento sessuale. Corte d'Assise d'Appello di Roma, 11 dicembre 2018, n. 60, *inedita*, pp. 11-12.

⁵¹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133, cit., nota 3, che riprende la nozione consultabile sul sito telematico dell'OMS (www.salute.gov.it).

⁵² Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2013, n. 28464, Pres. Segreto, in *Foro it.*, 2014, 7-8, I, p. 218.1

non possa esser definito come una patologia a sviluppo rapido ed autonomo verso un numero indeterminato di soggetti e statuisce – in punto di configurabilità della fattispecie incriminatrice in concreto – che l'epidemia sussiste solo quando il contagio sia avvenuto mediante la separazione del germe patogeno dal vettore, che ne è in possesso. La motivazione, mutuata dalla Corte romana, mostra di aver recepito la c.d. *teoria della alterità* tra il soggetto attivo del reato e il germe patogeno, con la conseguenza che non possa ritenersi configurato il delitto di epidemia quando l'agente è anche il vettore.

Ne deriva che – nella originaria intenzione legislativa del 1930 – il delitto in parola sia *esclusivamente* il reato di chi, verosimilmente operatore della scienza, venga in contatto con germi e li diffonda, così escludendo che il comune contagiato possa essere soggetto attivo di questa fattispecie⁵³. La condotta tipizzata è quella propria dell'agente che, trovandosi in possesso di germi patogeni, li diffonda in modo da attingere una serie indeterminata di soggetti. Suggestiva è l'interpretazione sistematica operata dall'organo giudicante che pone la norma di cui all'art. 438 c.p. a raffronto con quella di cui all'ormai abrogato art. 554 c.p., che sanzionava il contagio doloso di sifilide e blenorragia; la fattispecie tipizzava la condotta di chi, intrattenendo rapporti sessuali seppur consapevole della propria patologia, accettasse il rischio di contagio altrui. La presenza di siffatta norma nell'originario impianto codicistico darebbe conferma, secondo il Giudice di Appello, del fatto che le condotte di contagio umano non possano rientrare nel decorso causale tipico di cui all'art. 438 c.p.

È in applicazione di questo percorso motivazionale che la Corte romana ritiene non configurabile il delitto di epidemia nei casi di trasmissione di un virus ad un numero anche rilevante di soggetti per contagio umano, avendo il codice Rocco reso tipiche solo le condotte caratterizzate da quel preciso decorso causale⁵⁴. In

⁵³ Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9133, *supra*, nota 3.

⁵⁴ Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133, cit., nota 3: «[l]a dottrina maggioritaria nonché la giurisprudenza di merito e anche di legittimità (sez. IV, n. 2597 del 26/01/2011, Ceriello, sia pure in un *obiter dictum*) hanno infatti sottolineato che il fatto tipico previsto nell'art. 438 c.p. è modellato secondo lo schema dell'illecito causalmente orientato in quanto il legislatore ha previsto anche il percorso causale, con la conseguenza che il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità. Pertanto l'epidemia costituisce l'evento cagionato dall'azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l'agente sia in possesso. Tale interpretazione ermeneutica della norma risulta chiaramente esplicitata nella relazione del Guardasigilli ai lavori preparatori del codice penale in cui veniva sottolineata, a giustificazione della

conclusione, la Corte d'Assise d'Appello conferma la sentenza di primo grado nella parte in cui assolve il reo dal delitto di epidemia dolosa⁵⁵, ma in applicazione di un differente *iter* argomentativo. Se, infatti, il giudice di prime cure ha ritenuto astrattamente configurabile il delitto di epidemia per il contagio umano, mediante rapporti sessuali, ma non in concreto, in difetto del requisito della rapidità della diffusione del virus e del dato quantitativo, il giudice di appello restringe il perimetro di tipicità della fattispecie, che incrimina le sole condotte che presentano il decorso causale delineato dal legislatore.

5.2 - La differenza tra contagio ed epidemia descritta nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 48014/2020

Le digressioni che precedono descrivono i limiti e le insufficienze di un'incriminazione a titolo di epidemia, ex art. 438 c.p., in ipotesi del tipo in commento – trasmissione del virus HIV attraverso rapporti sessuali con partner non informato – destinate inevitabilmente a moltiplicarsi con l'evolversi dei costumi sociali e l'avanzare del progresso scientifico e tecnologico.

A questo proposito, appare significativo che la Corte di Cassazione, nel definire la triste vicenda in parola, concluda nel senso di ritenere che la condotta del c.d. *untore* integri un'ipotesi di *contagio* e non di *epidemia*, poiché la trasmissione del virus – in questo caso l'HIV – riguarda un numero di persone cospicuo ma non “*ingente in un lungo arco di tempo*” come vuole, invece, l'interpretazione tradizionale offerta da dottrina e giurisprudenza⁵⁶.

La Corte di legittimità – oltre al gravame dell'imputato – con la sentenza in parola respinge anche il ricorso del Procuratore Generale che, nella specie, chiedeva la condanna dell'imputato per il reato di epidemia, sul presupposto che l'abrogazione dell'art. 554 c.p. sul contagio di sifilide e blenorragia non comportasse – come invece

incriminazione e della gravità delle pene contemplate, “l'enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli”».

⁵⁵ La condanna del primo grado di giudizio viene ricalcolata in anni 22 di reclusione, in quanto il T. viene assolto da alcuni episodi di lesioni, a lui attribuiti nella precedente fase di merito.

⁵⁶ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, cit., p. 217, conferma quindi la condanna a 22 anni di carcere per l'imputato. Per un puntuale e tempestivo commento alla sentenza in parola: v. F. LAZZERI, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in *Sistema Penale*, 19 dicembre 2019.

affermato nella sentenza impugnata – l'impossibilità di ravvisare la responsabilità del reato di epidemia.

In realtà, secondo la Corte di Cassazione, nel caso di specie, mancano proprio gli elementi essenziali del reato di epidemia, vale a dire di un crimine che si caratterizza per la «diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti e quindi per una malattia contagiosa, dal rapido sviluppo ed autonomo, entro un numero indeterminato di soggetti e per una durata cronologicamente limitata».

Il contagio ha riguardato un numero di persone cospicuo, ma non *ingente* e in un arco temporale molto ampio (nove anni): queste – secondo i Supremi Giudici – sono circostanze «che rendono il fatto estraneo alla descrizione tipizzante appena prima illustrata».

In altre parole, «l'ampiezza del dato temporale in cui si è verificato il contagio, in uno col fatto che un altrettanto cospicuo numero di donne, che pure ebbero rapporti sessuali non protetti con l'imputato, non furono infettate, militano nel senso della carenza della connotazione fondamentale del fenomeno epidemico, che giova a qualificare la fattispecie in termini di reato di pericolo concreto per l'incolumità pubblica, ossia la facile trasmissibilità della malattia ad una cerchia ancora più ampia di persone».

La Cassazione non esclude, però, che il delitto possa configurarsi in altre ipotesi, come, ad esempio, nel caso di concorso di più persone nel reato: «non persuade l'assunto dei giudici di appello che non possa parlarsi di diffusione rilevante per la fattispecie di epidemia se non vi sia un possesso di germi patogeni in capo all'autore segnato da separazione fisica tra l'oggetto, quel che viene diffuso, e il soggetto, ossia chi diffonde».

«La norma [prosegue la sentenza] non impone questa relazione di alterità e non esclude che una diffusione possa aversi pur quando l'agente sia esso stesso il vettore dei germi patogeni».

La ragione per escludere la responsabilità *ex art. 438 c.p.* non risiede allora in una incompatibilità strutturale con il tipo di vicenda considerata – ammettendosi, a livello astratto, che il soggetto attivo del reato si faccia vettore di germi patogeni anche con la propria persona – ma può derivare dal rilievo per cui, nelle loro modalità di manifestazione concreta, condotte del genere incontrano di norma una maggiore difficoltà pratica ad integrare gli estremi del fatto tipico.

Presupposto di tale affermazione è l'accoglimento, ancora una volta, di una nozione giuridicamente autonoma e pregnante di epidemia: sul punto la Cassazione richiama un'importante pronuncia delle Sezioni Unite Civili del 2008 in tema di danno da emoderivati infetti, ove si definisce tale un evento che si connota «per diffusività incontrollabile [...] e quindi per una malattia contagiosa dal rapido sviluppo [...] entro un numero indeterminato di soggetti e per una durata cronologicamente limitata» – caratteri cui la sentenza in esame aggiunge il «pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta di popolazione», ricollegandolo espressamente alla natura di delitto contro la pubblica incolumità dell'art. 438 c.p.

Il giudizio della Corte di Cassazione è che il caso di specie si collochi al di fuori del perimetro di tipicità così tracciato: il numero di persone contagiate, «per quanto cospicuo», viene ritenuto «non ingente», se relativizzato alla luce sia dell'arco di tempo pluriennale in cui la condotta di diffusione si sarebbe svolta, sia della circostanza che «un altrettanto cospicuo numero di donne, che pure ebbero rapporti sessuali non protetti con l'imputato, non furono infettate».

Nel riflettere ora sulla configurabilità del delitto di epidemia, premessa necessaria è che, sotto questo profilo, la sentenza in parola rappresenta un *unicum* in seno alla giurisprudenza di legittimità, non solo per le peculiarità della fattispecie concreta, ma anche per buona parte delle questioni giuridiche affrontate con riferimento all'ambito di operatività dell'art. 438 c.p.

Nella circoscritta produzione giurisprudenziale e nella elaborazione dottrinale – più ampia, sebbene anch'essa limitata dalle ridotte sollecitazioni provenienti dalla prassi –, le principali questioni interpretative attengono proprio ai due profili che risultano controversi anche nella vicenda in esame: la struttura della condotta tipica ed i caratteri dell'evento del reato, problema quest'ultimo spesso ricollegato a quello della natura, di danno o di pericolo, della fattispecie⁵⁷.

Posto che l'art. 438 c.p. punisce la causazione di un evento naturalistico, anche la vicenda giudiziaria descritta conferma che il primo problema che si pone per l'interprete è quello di stabilire fino a che punto il legislatore ne abbia predeterminato le modalità realizzative prevedendo che il fatto sia commesso «*mediante diffusione di germi patogeni*».

⁵⁷ Sulla natura del delitto di epidemia, v., *supra*, § 1.

6. La diffusione dell'*epidemia* da Covid-19 e la violazione della misura della quarantena

Ab initio l'O.M.S. aveva dichiarato il Coronavirus (Co.rona VI.rus D.isease-2019) «non ancora una pandemia», classificandolo come epidemia di emergenza sanitaria globale. La pandemia, dal greco *pan-demos*, “*tutto il popolo*”, infatti, è un'epidemia che si espande rapidamente diffondendosi in più aree geografiche del mondo⁵⁸.

L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'O.M.S. (Tedros Adhanom Ghebreyesus), nella conferenza stampa sul Covid-19, dichiarava che il numero di casi al di fuori della Cina era aumentato di 13 volte e che il numero di paesi colpiti era triplicato, con più di 118.000 casi in 114 paesi e 4.291 persone decedute⁵⁹.

Le previsioni per i giorni e le settimane a venire sul numero di contagi, decessi e paesi colpiti si presentavano preoccupanti. L'O.M.S., pertanto, decideva di monitorare questo focolaio 24 ore su 24, riscontrando livelli allarmanti di diffusione e gravità. Per queste ragioni, in pari data, valutava che il Covid-19 potesse essere definito una vera e propria *pandemia*⁶⁰.

Anche l'Italia si ritrovava, dunque, a dover fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19, definita dall'O.M.S. «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»⁶¹.

Il 21 febbraio 2020 il Governo italiano emanava la prima ordinanza effettivamente restrittiva, cui seguiva il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*»⁶².

⁵⁸ Si definisce pandemia: «(...) la diffusione di un agente infettivo in più continenti o comunque in vaste aree del mondo. La fase pandemica è caratterizzata da una trasmissione alla maggior parte della popolazione»: cfr. Istituto Superiore di Sanità, *Nuovo coronavirus*, cit.

⁵⁹ Cfr. *World Health Organization, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sul punto, cfr. specificamente il sito telematico della *World Health Organization, Novel Coronavirus (2019-nCov). Situation Report – 10*. Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri emanava la delibera recante la dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, conformemente al d. lgs. n. 1/2018 (Codice protezione civile), artt. 7, c. 1, lett. c) e 24.

⁶² Consultabile sul sito telematico *www.governo.it*. Tra i primi commenti al d.l. n. 6 del 2020, v. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti fondamentali e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *Legisl. pen.*, 20 marzo 2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in

Con tale provvedimento, in relazione alle condotte dei singoli che non si fossero adeguati alle misure adottate dal Governo per il contenimento del Coronavirus e, precisamente, al rispetto della misura della quarantena⁶³, l'art. 3, comma 4, prevedeva «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. La sanzione, per l'inosservanza di un provvedimento dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è: l'arresto fino a tre mesi, l'ammenda fino a 206,00 euro»⁶⁴.

L'espansione sempre maggiore dell'epidemia e l'incremento dei casi sul territorio nazionale induceva il Governo – con il d.P.C.M. del 4 marzo 2020 – a dichiarare lo stato di emergenza relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ed a prevedere ulteriori misure per il contrasto ed il contenimento sull'intero territorio nazionale del virus Covid-19.

Dopo aver appreso dalle Autorità Sanitarie dell'incremento crescente dei casi di Covid-19, il Governo italiano provvedeva, pertanto, ad emanare il d.P.C.M. 9 marzo 2020 con cui l'intera penisola veniva dichiarata “zona protetta” ed erano inasprite le misure già in precedenza adottate con aggiunta di altre destinate ad essere progressivamente modificate a seconda della riduzione e/o diffusione del virus⁶⁵.

Sistema Penale, 3/2020, pp. 231 ss. In attuazione del d.l. n.6/2020 sono stati emanati innumerevoli d.P.C.M., decreti, ordinanze regionali, sindacali e della Protezione Civile, creando di fatto un reticolo normativo “labirintico”. Il decreto legge è stato poi convertito, con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13, lasciando tuttavia sostanzialmente immutato il sistema sanzionatorio *ivi* previsto.

⁶³ Con particolare riferimento a coloro che provenivano dalla Cina ed a coloro che avevano avuto contatti con casi conclamati di contagio. L'istituto sanitario di sanità definisce «quarantena»: «un periodo di isolamento e di osservazione di durata variabile che viene richiesta per persone che potrebbero portare con sé germi responsabili di malattie infettive. L'origine del termine quarantena si riferisce alla durata originaria di quaranta giorni, che in passato si applicava rigorosamente soprattutto a chi veniva dal mare. Oggi, il tempo indicato per la quarantena varia a seconda delle malattie infettive, in particolare relativamente al periodo di incubazione identificato per quella malattia infettiva. Per il coronavirus la misura della quarantena è stata fissata a giorni quattordici, e si applica agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi di Covid-19 (Ordinanza del Ministero della Salute, *Gazzetta Ufficiale 22 febbraio 2020 (...)*). La definizione è tratta dalla pubblicazione dell'Istituto Superiore di Sanità, *Nuovo coronavirus. Le parole dell'epidemia*, 11 marzo 2020.

⁶⁴ In tema, v. G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 3-4, il quale ha espresso fin da subito forti perplessità sulla scelta legislativa di ricorrere alla sanzione penale, rimarcando una volta di più il carattere ‘simbolico’ della stessa.

⁶⁵ d.P.C.M. 9 marzo 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da*

Successivamente, il 21 maggio 2020 veniva definitivamente approvato al Senato il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, convertito dalla L. n. 35/2020, diretto a tipizzare in un atto di rango primario, le misure potenzialmente applicabili su tutto il territorio nazionale o su parte di esso, per contenere e contrastare i rischi sanitari conseguenti, per periodi di tempo predeterminati.

Con l'introduzione del decreto in parola, il Governo italiano ha riordinato e coordinato i numerosi strumenti normativi intervenuti per fronteggiare la crisi sanitaria, rimodulando anche il c.d. *obbligo di quarantena* e le relative conseguenze sanzionatorie⁶⁶.

Al comma sesto dell'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive (art. 1, co. 2, lett. e, c.d. *obbligo di quarantena*) è punita «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo Unico delle leggi sanitarie» (fattispecie contravvenzionale) e sempre che il fatto non integri l'art. 452 c.p. o comunque un più grave reato.

Il comma settimo, infine, ha proceduto ad un inasprimento complessivo della pena-base dell'art. 260 prevedendo l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000, in luogo dell'arresto fino a 6 mesi e dell'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000.

Quest'ultima cornice edittale – «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265», così come modificato dall'art. 4, comma 7, d.l. n. 19 del 2020 – è poi prevista anche dall'art. 2, comma 3, d.l. n. 33 del 2020 per l'inosservanza della 'nuova' misura della quarantena (art. 1, comma 6, d.l. n. 33 del 2020) che, rispetto all'art. 1, comma 2, lett. e), d.l. n. 19 del 2020, richiede come presupposto di diritto un provvedimento dell'Autorità sanitaria, cioè un provvedimento amministrativo individuale e concreto adottato per motivi di salute⁶⁷.

COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. (20A01558), (GU Serie Generale n. 62 del 09-03-2020), consultabile sul sito www.governo.it.

⁶⁶ In tema, v. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19, in Sistema penale*, 26 marzo 2020, consultabile all'indirizzo telematico www.sistemapenale.it; A.R. CASTALDO – F. COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, in *Arch. pen. web*, 1/2020, pp. 1 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *Legisl. pen.*, 6 aprile 2020, pp. 1 ss.

⁶⁷ In realtà la 'discrasia' tra le due disposizioni succedutesi nell'arco di poche settimane sembra essere più apparente che reale, considerando che la necessità di un provvedimento amministrativo per

Posto che l'obbligo di quarantena disciplinato dal d.l. n. 19 del 2020 non sembra sia stato oggetto di un'abrogazione né espressa, né tacita, né tantomeno implicita da parte del sesto comma dell'art. 1, d.l. n. 33 del 2020, l'unica soluzione interpretativa percorribile è quella di ritenere che la prima disposizione continui a disciplinare le misure della quarantena già adottate, «mentre la 'nuova' regola rappresenti la base legale per la l'adozione della misura 'riformata'⁶⁸».

Tra i molteplici profili interpretativi della nuova fattispecie, assume certamente rilevanza centrale il rapporto con il delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p., in particolare, sul piano del concorso apparente di norme⁶⁹. Come è stato tempestivamente osservato in dottrina, si deve ritenere che l'*inosservanza della quarantena* si trovi in rapporto di «*progressione offensiva*» rispetto all'epidemia colposa, configurabile allorquando la condotta dell'agente abbia determinato il contagio di altri soggetti, con pericolo di ulteriore propagazione della malattia rispetto a un numero indeterminato di persone⁷⁰.

l'applicazione della quarantena non solo era desumibile dalla normativa secondaria, ma è stata anche confermata dalla giurisprudenza amministrativa. Così, pressoché letteralmente, G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1.

⁶⁸ G. BAFFA, *Grovigli normativi ed 'efficientismo' punitivo nella risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19. Una 'guerra' combattuta con le armi della decretazione d'urgenza*, in *Connessioni di diritto penale*, Atti del ciclo di seminari svolto in modalità telematica nell'ambito del dottorato in discipline giuridiche dell'Università degli Studi "Roma Tre", a cura di Antonella Massaro, Roma, 2020, p. 21; nello stesso senso, G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase 2"*, cit., § 5.1.

⁶⁹ In questo senso, G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza covid-19*, cit., par. 3.6.; E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., par. 4.2.3. Per un ampio approfondimento dei limiti di applicazione della norma penale imposti da norme coesistenti e, segnatamente, del concorso apparente di norme, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 330 ss., cui si rinvia anche per la copiosa ed aggiornata bibliografia.

⁷⁰ Nel senso della specialità andrebbe dunque letta la specifica clausola di riserva apposta all'art. 4, comma 6, d.l. n. 19/2020 («salvo che il fatto non costituisca violazione dell'art. 452 c.p. o comunque più grave reato»). Non appare sostenibile che l'inosservanza della quarantena possa costituire un *ante factum* dell'epidemia colposa, non potendosi fondatamente sostenere che la verifica dell'epidemia ne costituisca lo "sviluppo naturale". Sembra pertanto più appropriata la ricostruzione del rapporto in chiave di progressione offensiva, «per una pluralità di ragioni: a) la progressione è istituto strutturalmente concepito per contenere reati in rapporto di specialità, come quelli in parola; b) le disposizioni operano nella c.d. *stessa materia*, in particolare perché poste a presidio del medesimo bene giuridico (la salute pubblica), offeso in modo crescente nel passaggio dalla «inosservanza della quarantena» all'evento epidemico colposo; c) il profilo edittale indica la riconducibilità materiale del fatto minore (l'«inosservanza della quarantena») alla fattispecie maggiore (l'epidemia colposa cagionata con questa modalità)»: E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., par. 4.2.3.

Questa soluzione, infatti, appare coerente con la *ratio* delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica: garantire priorità alla tutela della salute pubblica, monitorando l'inevitabile compressione degli altri diritti costituzionalmente tutelati⁷¹.

Muovendo da questo quadro normativo, divenuto un vero e proprio ginepraio, anche in rapporto con le tradizionali fattispecie previste dal Codice Rocco ovvero da leggi speciali – e che richiede un necessario processo di eterointegrazione normativa con gli atti dell'Autorità –, occorre verificare se e fino a che punto il sistema sanzionatorio si risolva in un apparato dissuasivo veramente effettivo, adeguato a far fronte ad una situazione epidemiologica (finora) inarrestabile, nella quale le ipotesi di contagio assumono caratteristiche sempre più complesse.

7. La concreta configurabilità del reato di epidemia nel caso di comportamento (omissivo) di un sanitario

La disamina fin qui tratteggiata circoscrive la punibilità del reato di epidemia alle sole condotte che abbiano cagionato l'evento secondo un determinato percorso causale, vale a dire mediante la propagazione *volontaria* di germi patogeni, come prospettato, ad esempio, per il caso del c.d. *untore*, cioè un soggetto che pur essendo consapevole di essere portatore di un virus potenzialmente trasmissibile (HIV) intrattenga rapporti sessuali con altre persone ignare del pericolo⁷².

La diffusione del Coronavirus nelle proporzioni sopra descritte sollecita riflessioni ancora più pregnanti con riferimento alla rilevanza e/o corretta qualificazione giuridica di ipotesi di contagio da Covid-19, ad esempio, con riferimento a casi di comportamento omissivo di operatori sanitari⁷³.

⁷¹ Con particolare riferimento all'esigenza di bilanciamento dei beni di rilevanza costituzionale, nel contrasto alla diffusione sul territorio del Covid-19, ed in particolare alla rilevanza dell'art. 32 Cost., che inquadra la tutela della salute come «diritto fondamentale dell'individuo» ed «interesse della collettività», così riuscendo a giustificare le esigenze di contenimento delle malattie infettive, cfr. G. BATTARINO, *Decreto-legge "covid-19", Sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1 marzo 2020.

⁷² Per alcuni rilievi conclusivi sulla responsabilità da contagio "consapevole", v., *infra*, § 8.

⁷³ I coronavirus umani si trasmettono da una persona infetta a un'altra attraverso: la saliva, tossendo e starnutando; contatti diretti personali; le mani, ad esempio toccando con le mani contaminate (non ancora lavate) bocca, naso o occhi; una contaminazione fecale (raramente). Sulla base dei dati al momento disponibili, l'OMS ribadisce che il contatto con i casi sintomatici (persone che hanno contratto l'infezione e hanno già manifestato i sintomi della malattia) è il motore

A titolo eminentemente esemplificativo di alcune vicende già assurte all'attenzione della magistratura, si pensi ad una delle prime notizie diffuse dalle cronache italiane che riguardava un possibile *cluster epidemico*, a seguito del caso di un settantacinquenne deceduto in provincia di Foggia, successivamente risultato positivo al Coronavirus, la cui salma sarebbe stata rilasciata dal medico della struttura sanitaria prima di conoscere l'esito del tampone, così mettendo a rischio l'incolumità pubblica per il possibile contagio di decine di persone. Secondo le fonti giornalistiche sulla vicenda, la Procura della Repubblica di Foggia avrebbe aperto un'indagine conoscitiva in considerazione del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia, che non consentirebbe errori di sorta, al fine di scongiurare l'evento nefasto e nell'ottica di tutela della pubblica incolumità⁷⁴.

Altro caso che ha coinvolto l'opinione pubblica e all'attenzione della magistratura, stando alle numerose e convergenti notizie di stampa⁷⁵, riguarda un soggetto, oramai noto alla cronaca come "Paziente 1", che si presentava al Pronto Soccorso dell'Ospedale di Codogno, con un quadro clinico di polmonite leggera. All'atto di accesso, il personale medico riceveva il paziente, sottoponendolo ad accertamenti e terapia e proponendogli, in via precauzionale, il ricovero. Il "Paziente 1", tuttavia, rifiutava il ricovero e faceva ritorno presso la propria abitazione. Poco tempo dopo, ritornava in ospedale per un peggioramento della sintomatologia. Gli operatori lo ricoveravano, quindi, dapprima presso il reparto di medicina e successivamente, a causa di un ulteriore aggravamento delle condizioni cliniche, nel reparto di rianimazione. Solo molte ore dopo il secondo accesso al nosocomio, il "Paziente 1" veniva sottoposto al tampone per la ricerca del Covid-19. Dalle fonti giornalistiche si apprende che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lodi ha iscritto un procedimento, per adesso – è dato apprendere – a carico di ignoti. Anche in questo caso, ci si chiede se possono essere attribuiti profili di responsabilità

principale della trasmissione del nuovo coronavirus SARS-CoV-2. L'OMS è a conoscenza di una possibile trasmissione del virus da persone infette ma ancora asintomatiche. In base a quanto già noto sugli altri coronavirus (ad es. MERS-CoV), sappiamo che l'infezione asintomatica potrebbe essere rara e che la trasmissione del virus da casi asintomatici è possibile, ma non frequente. Sulla base di questi dati, l'OMS conclude che la trasmissione da casi asintomatici probabilmente non è uno dei motori principali della trasmissione del nuovo coronavirus SARS-CoV-2. Tuttavia molti studi sono in corso per ampliare le conoscenze sulle modalità di trasmissione di SARS-CoV-2 (Informazioni tratte dal sito telematico dell'Istituto Superiore della Sanità: www.epicentro.iss.it/coronavirus/trasmmissione-prevenzione-trattamento).

⁷⁴ Informazioni tratte dal sito telematico: www.ansa.it.

⁷⁵ Per la ricostruzione del caso in parola, v. Redazione online, *Coronavirus, il paziente 1 rifiutò il ricovero a Codogno: la ricostruzione*, il *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2020.

penale alla condotta dei sanitari nella gestione del “Paziente 1”, con specifico riferimento ad un’eventuale responsabilità a titolo di epidemia (colposa?).

A quest’ultimo proposito occorre ribadire che l’orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza ritiene inapplicabile l’art. 40, comma 2, c.p. al delitto di epidemia, anche nella forma colposa, con la conseguenza che tale reato potrà riferirsi solo ad una condotta commissiva a forma vincolata, come tale incompatibile con la clausola di equivalenza tra il non impedire ed il cagionare⁷⁶.

In caso di reati colposi, con particolare riferimento a quelli per responsabilità medica derivanti da condotte omissive degli operatori sanitari, un punto fermo nella ricostruzione del rapporto eziologico deve ritenersi l’ormai tradizionale giudizio controfattuale «condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica [sulla base della quale] si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal soggetto agente la condotta doverosa impeditiva dell’evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva⁷⁷».

Alla luce di tali considerazioni, sembrerebbe che la responsabilità penale del medico che non impedisca un evento che aveva l’obbligo giuridico di impedire o che agisca per colpa o imperizia o di chi aveva un obbligo giuridico di impedire l’evento e non si è immediatamente attivato in tal senso, potrà eventualmente rilevare in relazione ad altre ipotesi delittuose che prevedono fattispecie di reato contro la vita o l’incolumità individuale.

Tuttavia non è da escludere che la difficoltà, *rectius*, l’impossibilità di accertamento del nesso di causalità tra la condotta e i singoli episodi di contaminazione cui conseguono danni alla salute, lesioni e/o morte, possa indurre la giurisprudenza, attraverso un’interpretazione estensiva della condotta di “*diffusione*”, ad avallare la realizzazione del reato di epidemia anche attraverso condotte di tipo omissivo.

D’altronde, l’attività medico-sanitaria ha un ruolo cruciale nella gestione del contenimento epidemico, sicché è più che mai avvertita la necessità di garantire gli aspetti di *safety* e di *security* delle prestazioni svolte nei confronti dei soggetti contagiati⁷⁸.

⁷⁶ V., *supra*, § 2.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599.

⁷⁸ A questo proposito, cfr. E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., par. 4.2.3. In dottrina, sul tema v. altresì C. CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli*

Il tema della colpa c.d. *speciale* (o *professionale*) da contagio epidemico in ambito medico richiama il complesso di attività rischiose giuridicamente autorizzate, interessate dall'inosservanza di regole cautelari, dalla prevedibilità e dall'evitabilità dell'evento, secondo il parametro del c.d. agente modello⁷⁹.

In questo senso, l'attività interpretativa non può che essere caratterizzata da un approccio precauzionale al rischio medico in tema di gestione dei germi patogeni, soprattutto in condizioni di incertezza scientifica sugli effetti dannosi di questi elementi, che hanno sostanzialmente imposto un metodo cautelativo a tutela di valori fondamentali come la salute pubblica⁸⁰.

Dal principio precauzionale discende che chi esercita la professione medico-sanitaria, venendo a contatto con agenti patogeni, soggiace a due obblighi essenziali: da un lato, la c.d. *default option*, per la quale, in caso di incertezza del mezzo (il germe patogeno, o il paziente da esso contagiato), l'agente modello deve comportarsi presumendolo pericoloso, e, dall'altro, il criterio del c.d. *maxmin*, per il quale ogni scelta che occorre in una situazione di incertezza medico-sanitaria deve essere operata considerando la verifica della peggiore conseguenza possibile (c.d. *worst case scenario*)⁸¹.

"irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020, consultabile all'indirizzo telematico www.sistemapenale.it.

⁷⁹ Sulla misura oggettiva del dovere di diligenza, L. RISICATO, *La colpa*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO e C.E. PALIERO, I, Torino, 2010, p. 209 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 553-554.

⁸⁰ Sostiene la necessità dell'approccio precauzionale in ambito medico alla covid-19 G. DI GUARDO, *A Principle of Precaution-Based Approach*, in *Science*, 367, del 15 febbraio 2020. Sul principio di precauzione, v. E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, il testo riproduce, con alcuni aggiornamenti, la relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema *"Il diritto penale del rischio"*, tenuto a Roma dal 17 al 19 settembre 2012, il contributo è stato pubblicato in *Criminalia* (2012); G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*. Entrambi i contributi riproducono le relazioni presentate al Convegno di studio, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, sul tema *"Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo"*, Abbadia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006 e sono state pubblicate in *Criminalia*, 2006.

⁸¹ La ricostruzione dei criteri della *default option* e del *maxmin* è ampiamente esaminata da G. GARGANI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 69 e ripresa, a questo specifico proposito, da E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., par. 4.2.3.

Nella situazione attuale, è centrale il rapporto tra comportamento colposo e stato emergenziale, che, in determinate zone del paese, ha impedito che la macchina sanitaria statale rispondesse tempestivamente ed in modo adeguato. Si fa riferimento in particolare al concetto di “scelta tragica”, che tradizionalmente trova spazio in ambito medico (si pensi, ad esempio, alle situazioni in cui si sia dovuto decidere se curare X e non Y, oppure a quando si sia dovuto rifiutare l’ospedalizzazione di un soggetto non acuto per mancanza di posti, soggetto che poi, proprio in ragione di ciò, si sia successivamente acutizzato); ci si domanda, quindi, come regolarsi in presenza di una *standardizzazione* della situazione straordinaria, dove la “scelta tragica” perde il suo carattere di eccezionalità diventando regola meritevole di tipizzazione.

Com’è noto, il parametro dell’agente modello è condizionato dalle maggiori e/o specifiche conoscenze del soggetto concreto; ciò significa che, sebbene *prima facie* tale criterio di giudizio si collochi su un piano oggettivo, ritorna a colorarsi di soggettività tutte le volte in cui occorra costruire lo standard attorno al profilo dell’agente “in carne ed ossa”.

Da questo angolo di visuale emergono molti dei lati critici del concetto stesso di agente modello, così come sollevati in passato da coloro che ritenevano che tale criterio fosse, in realtà, inidoneo ad individuare correttamente la punibilità, poiché: «l’agente modello nella colpa (...) sembra influenzato dalle pressioni securitarie emergenti, per cui giunge ad impersonare uno standard di diligenza scandito da regole cautelative o “ultraprudenziali” ispirate ad una logica di mera precauzione⁸²».

In questo senso, l’agente modello si potrebbe addirittura intendere come un «spediente retorico in grado di legittimare giudizi di prevedibilità ed evitabilità così distanti da un parametro oggettivo di esigibilità, da consentire un’espansione incontrollata della responsabilità colposa anche in settori ove l’incertezza scientifica impedisce qualsiasi valutazione *ex ante* delle possibili conseguenze dell’agire umano⁸³».

Ebbene, se in punto di modifica dello standard generalmente si discute in termini di “innalzamento”, considerando determinati soggetti più competenti della media, la situazione attuale, richiede, invece, di ragionare in senso opposto, vale a dire assumendo l’eccezionalità della conoscenza in termini negativi. Su questa linea si dovrebbe, dunque, valutare di abbassare “eccezionalmente” lo standard del dovere

⁸² V. ATTILI, *L’agente – modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240,

⁸³ A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 235.

di diligenza, arretrando lo spettro della rimproverabilità⁸⁴ ed escludendo la colpevolezza⁸⁵.

Un ragionamento siffatto identifica la colpa in termini di esigibilità⁸⁶ (poteva l'agente concreto comportarsi in maniera diversa?) e non di tipicità (l'agente concreto si è comportato come si sarebbe comportato l'agente modello?), collocandosi, quindi, nell'ambito soggettivo.

In questo modo si potrebbe riuscire a tenere conto delle concrete specificità soggettive rispetto a quelle dell'agente modello.

In conclusione, invece di usare le conoscenze specifiche per poter costruire una norma cautelare *ad hoc*, si potrebbero usare le medesime conoscenze ma per una valutazione in termini di rimproverabilità soggettiva, ammettendola sicuramente nel caso di conoscenze superiori ma escludendola nel caso di conoscenze inferiori.

Nel caso di emergenza da diffusione del Covid-19, la regola cautelare cui debba attenersi una generalità, più o meno specifica, di consociati, può essere tale solo ad emergenza trascorsa, nel senso che la cautela potrà dirsi efficace solo successivamente alla realizzazione della situazione di pericolo. In presenza di regole cautelari che, laddove esistenti, si siano rivelate inadeguate, contraddittorie, inefficaci e comunque difficilmente utilizzabili dalla maggior parte dei medici, ci si chiede se riconoscere eventuali responsabilità colpose in capo a tutti gli altri sanitari che si sono ritrovati ad affrontare una patologia inedita (anche) a prescindere dall'originaria specializzazione.

In mancanza di una specifica disciplina, l'interprete, per evitare di punire un soggetto che, senza colpa, ometta di rispettare gli standard richiesti (perché disponibili ad un numero assai limitato di soggetti), potrebbe valorizzare il profilo soggettivo e rimodulare l'esigibilità concreta. Si tratta di un approccio condivisibile, dal momento che il *deficit* di determinatezza che di per sé grava sulla consistenza del principio di inesigibilità, risulta qui attenuato dal significativo riferimento ad un

⁸⁴ Il riferimento è al momento della "rimproverabilità" di un soggetto che ha realizzato un reato completo di tutti gli elementi costitutivi: C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Torino, 2016, pp. 289 e 294.

⁸⁵ M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 65 ss.

⁸⁶ Il riferimento è all'"inesigibilità" della condotta conforme alla prescrizione penale, che rappresenterebbe, secondo un orientamento diffuso soprattutto nella dottrina d'oltralpe, una generale causa di esclusione della colpevolezza in senso normativo.

divario tra diligenza dovuta e le reali e concrete possibilità di cui disponeva il soggetto agente individuale per adeguarsi alla regola cautelare⁸⁷.

Per di più, l'innalzamento degli *standard* valutativi dell'errore o della colpa in ambito sanitario rischia di favorire un approccio di tipo *accusatorio* all'attività del medico o dell'operatore sanitario, con conseguente espansione del fenomeno della c.d. medicina difensiva⁸⁸.

Tutto ciò posto, occorre, però, sottolineare che in relazione al delitto di epidemia da colpa professionale, la giurisprudenza, a proposito delle ipotesi di omicidio plurimo in ambito medico-sanitario, determinato dalla colposa proliferazione di germi patogeni in ambienti clinico-ospedalieri, ha confermato il coefficiente colposo nella condotta dei medici operanti, sulla base di una «conoscibilità» crescente dell'evento mortale via via che i pazienti, ricoverati in terapia intensiva, decedevano per un'infezione cagionata dal medesimo ceppo batterico. In altre parole, la Corte di Cassazione ha osservato che la «conoscibilità» dell'evento infettivo e patogeno, seguito da esiti letali, fosse meno intensa in relazione al primo paziente contagiato e maggiore rispetto all'ultimo, quando si era ottenuta la certezza della capacità del germe isolato di determinare un «fenomeno epidemico nosocomiale»⁸⁹.

Come recente dottrina ha evidenziato, «applicando tale criterio alla struttura psicologica dell'epidemia colposa, dovrebbe pertanto riconoscersi un giudizio di rimproverabilità minore nell'attività medica svolta nei confronti dei c.d. *infettati primari* (i c.d. *paziente zero*, *paziente uno* ecc.), quando le evidenze epidemiologiche non sono ancora del tutto chiare al professionista⁹⁰».

Su questa linea, il giudizio di rimproverabilità colposa dovrebbe essere più convincente nei confronti di chi sia intervenuto medicalmente nei confronti dei c.d. *infettati secondari*, *terziari* e successivi, entrando a contatto con il primo ordine di infettati: il susseguirsi delle manifestazioni infettive derivanti dalla medesima fonte

⁸⁷ Sebbene si tratti di un'opzione *in bonam partem*, onde evitare pregiudizi del fondamentale principio di uguaglianza sostanziale, rispetto ai *deficit* di ordine intellettuale va sottolineato che deve trattarsi di limiti non imputabili al soggetto in questione. Sul punto, v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Milano, 2018, p. 373.

⁸⁸ In tema v. E. FORTI, *Editoriale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2019, p. 854. Sul fenomeno della medicina difensiva, v. il volume di A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, che affronta una delle tematiche più delicate in materia di rapporti tra attività medica e diritto penale, secondo la particolare angolazione della c.d. medicina difensiva.

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2016, n. 25689, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 154 ss.

⁹⁰ E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., par. 4.2.3.

patogena determinerebbe l'innalzamento dello standard del dovere di diligenza in ragione dello stato di conoscibilità del rischio epidemico da parte del sanitario, aumentando la rappresentazione che egli può avere dell'evento e della condotta necessaria ad evitarlo⁹¹.

In ambito medico, poi, il decorso causale verso l'epidemia è orientato in modo decisivo al momento della gestione sanitaria della cerchia degli *infettati primari*, rispetto alla quale si concentra maggiormente l'*evitabilità* dell'evento. In questo senso, pertanto, risulta condivisibile una valutazione più rigida della colpa per gli interventi medici di contrasto e di contenimento del contagio operati nella cerchia degli *infettati primari*, tale da configurare una responsabilità più evidente per il medico che abbia colposamente determinato l'evento in questa prima fase operativa, rispetto al professionista che sia intervenuto nelle fasi successive.

In conclusione, non è da escludere che la contestazione di un delitto contro la pubblica incolumità quale l'epidemia o la diffusione colposa di epidemia diventi una scelta obbligata per l'Autorità Giudiziaria anche laddove non siano integrati quei criteri di *diffusività* e *trasmissibilità* dell'epidemia tali da poter parlare effettivamente di "disastro sanitario"⁹² (sempre che, nel caso concreto, fosse esigibile da parte del sanitario una condotta diversa conforme al dovere di diligenza).

Tali ultime considerazioni risultano verosimili, tenuto conto che le criticità descritte a proposito dell'affermazione della responsabilità a titolo di epidemia nei confronti dei sanitari sembrano destinate ad essere reiterate anche con riferimento alle condotte omissive poste in essere dalle Autorità di Governo nell'ambito delle misure emergenziali prescelte⁹³.

8. Considerazioni conclusive sulla configurabilità del delitto di epidemia nei confronti dei c.d. "untori"

A questo punto della trattazione – anche alla luce della lunga disamina sull'interpretazione del delitto di epidemia offerta dall'analisi della giurisprudenza in tema di trasmissione del virus HIV – sembra utile interrogarsi sulla concreta possibilità di muovere un rimprovero *ex art. 438 c.p.* nei confronti di chi, pur

⁹¹ E. PERROTTA, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Sui requisiti strutturali del delitto di epidemia, v., meglio, *supra*, § 1.

⁹³ In verità, in queste ultime ipotesi individuare, di volta in volta, la norma precauzionale violata sembra ipotesi ancora più ardua.

consapevole di aver contratto il virus e/o di essere stato a contatto diretto con persone risultate positive al Covid-19 o, ancora, dopo essersi recato nelle c.d. “zone rosse” abbia fatto ingresso in altri territori senza informare le Autorità locali competenti, continuando ad eseguire le ordinarie attività quotidiane, così mettendo a repentaglio l’incolumità fisica di un numero non determinato/determinabile di individui.

In queste ipotesi, infatti, il disvalore della condotta, qualora risulti concretamente possibile accertare la verifica dell’evento secondo lo schema causale dell’art. 438 c.p., induce a ritenere configurabile l’ipotesi dolosa, in particolare, *sub specie* di dolo eventuale, del delitto di epidemia.

A questo proposito sembra opportuno sottolineare che la verifica dei reati dolosi dovrebbe procedere prendendo le mosse proprio dalla loro caratterizzazione sul piano del disvalore oggettivo di azione⁹⁴. In altri termini, perché si configuri la responsabilità dolosa, anche solo a titolo di dolo eventuale, occorre, prima di tutto, individuare, a livello di tipicità, la *condotta dolosa*. Così facendo, già in sede di accertamento del primo elemento costitutivo del reato, è possibile qualificare il fatto in termini dolosi (o colposi), operando una selezione utile soprattutto in relazione ai fatti di reato realizzati nel contesto di attività intrinsecamente pericolose, che da un punto di vista soggettivo si pongono al “confine” tra il dolo e la colpa. I dubbi sul titolo di imputazione soggettiva del fatto al suo autore potrebbero, dunque, essere mitigati attraverso una più matura consapevolezza del contenuto autentico della tipicità⁹⁵.

Come parte della dottrina ha efficacemente proposto, al fine di individuare schemi di identificazione in positivo del rischio giuridicamente riprovato (e quindi della condotta tipica), potrebbero essere valorizzati alcuni recenti sviluppi della teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento, largamente sostenuta nella dottrina straniera soprattutto in Germania e in Spagna⁹⁶. Alla base delle varianti più moderne di questa teoria, infatti, «sta l’idea che un evento può essere considerato il risultato della condotta attiva od omissiva di un soggetto solamente in quanto la condotta

⁹⁴ M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio sul dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, p. 94.

⁹⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a S. RAFFAELE, *Essenza*, cit., p. 329.

⁹⁶ Cfr., in particolare, G. DE VERO, *Disvalore di azione e imputazione dell’evento in una aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, pp. 1518 ss.

abbia creato (o aumentato) un pericolo giuridicamente riprovato e tale pericolo si sia anche effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell'evento⁹⁷».

Anche alla luce della tradizionale teoria dell'accettazione del rischio, poi, si può verosimilmente ritenere che il soggetto agente, conoscendo il suo stato di positività da Covid-19 (o di "potenziale positività") e le modalità di contagio del virus, si possa senz'altro rappresentare il rischio delle conseguenze che possono scaturire dalla propria condotta. Alquanto irrealista appare, infatti, l'idea che un soggetto (specie nell'attualità) possa sottovalutare tale pericolo, al punto da convincersi che il contagio e le sue eventuali conseguenze non possano in concreto verificarsi⁹⁸.

La disamina della casistica da cui prende le mosse la presente ricerca e l'approfondimento dell'interpretazione della fattispecie di cui all'art. 438 c.p. condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti consentono di ritenere ravvisabile il delitto di epidemia proprio nei casi di contagio del virus Covid-19: si pensi, ad esempio, ad un soggetto, che consapevole di essere positivo al coronavirus (o conscio di essere stato a lungo a contatto diretto con soggetti certamente positivi al virus ed in attesa di conoscere l'esito del tampone rinofaringeo), salga a bordo di un tram gremito di passeggeri oppure ad un medico ospedaliero che, sulla base di medesime consapevolezze, scelga comunque di eseguire il quotidiano giro del reparto, contagiando di fatto i terzi con cui si relaziona. In ipotesi simili, sono certamente ravvisabili i requisiti della *diffusività* e della *trasmissibilità* del contagio, in grado di interessare, sostanzialmente e nell'immediatezza, un numero ingente di persone in un breve arco temporale.

⁹⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, Sub Art. 41/21, p. 404, cui si rinvia anche per la copiosa bibliografia internazionale.

⁹⁸ V., tra i molti, E. DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass. pen.*, III, 2003, pp. 1936 ss., il quale, pur condividendo nel merito la qualificazione a titolo colposo della condotta dell'imputato, si distanzia sul piano delle argomentazioni, poiché ritiene che la motivazione adottata dalla Suprema Corte evocata, in realtà, il criterio che fonda il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente sulla speranza che l'evento non si verifichi. Cass. pen., sez. V, 17 settembre — 1 dicembre 2008, Ambrosini, n. 44712, in *Guida dir.*, n. 50, 2008, pp. 113 ss., con commento di G. Amato, *Va indagato l'«animus» dell'agente senza prescindere dal contesto culturale*, pp. 116 ss. La Suprema Corte in questa recente sentenza ribadisce che è indispensabile, volta per volta, l'accertamento della conoscenza, da parte del reo, del suo stato di salute, della gravità della sua malattia e dei rischi del contagio per i terzi. Cfr., altresì, Trib. Savona, 6 dicembre 2007, consultabile sul sito telematico www.penale.it; Trib. Bologna, 23 gennaio 2006, in *Foro it.*, 2006, c. 576 ss.; Trib. Verona, 28 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, c. 576 ss. Tutte le pronunce hanno visto la condanna degli imputati per lesioni volontarie gravi nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Verona e gravissime nelle altre due ipotesi.

Su questa linea, volendo rimanere nel solco tracciato dalla giurisprudenza che fin qui si è occupata del delitto di epidemia, le conclusioni non possono che essere diverse nel caso di trasmissione del virus HIV tramite rapporti sessuali con partner non informato: in quest'ultima ipotesi, infatti, la rapidità e la diffusività del contagio non sembrano ugualmente evidenti, perlomeno sotto un profilo temporale/quantitativo.

In altre parole, rispetto alle medesime condizioni poste dal teorema postulato nell'ultima sentenza della Corte di Cassazione pronunciata a proposito della trasmissione del virus HIV, nel caso del contagio da Covid-19 dovremmo raggiungere la conclusione opposta, vale a dire la configurabilità del delitto di cui all'art. 438 c.p.

La configurazione della fattispecie di epidemia dolosa nel caso *de quo* consentirebbe anche un'estensione dell'incriminazione alle ipotesi arretratesi allo stato del tentativo punibile *ex art.* 56 c.p., sebbene a tale conclusione possa ostare la prevalente ritrosia della giurisprudenza nel ritenere tale clausola generale compatibile con la figura soggettiva del dolo eventuale⁹⁹.

La ricostruzione proposta, a parere di chi scrive, risulta credibile, benché si possa trascurare che i diversi approcci dogmatici alla problematica dell'individuazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, nei casi come quelli da ultimo esaminati, potrebbe indurre a configurare non il dolo eventuale bensì la colpa con previsione dell'evento proprio nelle ipotesi in cui il soggetto agente, pur comprendendo il significato della regola cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegui allo *standard* di diligenza dell'*homo eiusdem*

⁹⁹ «Il dolo eventuale non è compatibile con il delitto tentato»: Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 14342, in *CED* 252625; Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 2006, n. 5849, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1648; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11521, in *CED* 243487; Cass. pen., sez. 31 marzo 2010, n. 25114; Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 14342. Nello stesso senso, in dottrina, v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, 2019, p. 494 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11ª ed., Milano, 2017, p. 323; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Torino, 2018, p. 470 s.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Pt. II, vol. III, Torino, 2013, p. p. 89. In giurisprudenza, invece, era stato ritenuto che la figura del tentativo, delineata nell'art. 56 c.p., si esteriorizza, rispetto al reato consumato soltanto in un'entità ridotta perché priva dell'evento o della parte finale dell'azione. Ne deriva che il dolo eventuale è ipotizzabile anche rispetto al delitto tentato: Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 1983, Basile, in *Cass. pen.*, 1984, p. 493. Conformemente, in dottrina: G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Milano, 2018, p. 497 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3ª ed., Torino 2009, p. 460 s.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 643 s.; S. BELTRANI, *La compatibilità di dolo eventuale con il delitto tentato tra orientamenti e disorientamenti*, in *Cass. pen.*, 2012, Volume 52, Fascicolo 5, pp. 1724-1730.

professionis et condicionis, nella convinzione di riuscire comunque a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola prudenziale intendeva evitare¹⁰⁰.

Su questa linea, chi agisce con colpa cosciente si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo a una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo¹⁰¹. Come anticipato, in questo senso, un indice *de iure condito* per la configurazione della responsabilità a titolo colposo, piuttosto che doloso, potrebbe essere considerato anche l'atteggiamento con cui l'agente *fa ingresso nel contesto pericoloso*¹⁰²: se, infatti, tutte le circostanze esterne confermano che l'agente ha usato la massima attenzione per impedire il verificarsi dell'evento dannoso, l'imputazione a titolo di colpa cosciente sembra essere la più adeguata.

Diversamente, una condotta suscettibile di comprimere o annullare i «margini di autodeterminazione, di assunzione consapevole o comunque di controllo personale di una determinata situazione di rischio in capo al soggetto passivo», supportata, sul piano psicologico, dall'accettazione del rischio della verifica dell'evento lesivo da parte del soggetto agente, si candida ad essere ricondotta ad un'imputazione a titolo di reato doloso nella forma eventuale.

In altre parole, laddove siano ravvisabili i tratti di un rischio tipicamente doloso, vale a dire di una *condotta intollerabilmente aggressiva e restrittiva degli spazi di autodeterminazione e controllo di situazioni di pericolo per le potenziali vittime*, sarà riconoscibile il dolo eventuale; laddove, invece, l'agente abbia trasgredito una regola precauzionale di condotta nell'ambito di un'attività intrinsecamente rischiosa ma lecita, ricorrerà la colpa cosciente.

In conclusione, se la configurabilità del c.d. dolo minimo nelle suddette ipotesi dovesse risultare controversa, soprattutto sul piano probatorio, appare fondata la configurabilità della responsabilità colposa aggravata dalla previsione dell'evento¹⁰³,

¹⁰⁰ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 299.

¹⁰¹ Si tratta della nozione di colpa cosciente proposta da G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 113, p. 146; ripresa anche da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., p. 299.

¹⁰² Con riferimento al contagio da Covid-19, si pensi, ad esempio, a chi, essendo stato a contatto con un soggetto positivo al virus, esegua il c.d. tampone rinofaringeo e, in attesa di riceverne l'esito, si rechi comunque in un luogo pubblico, pur indossando la mascherina e rispettando il "distanziamento sociale".

¹⁰³ Per il disposto dell'art. 452 c.p. il reato è punito anche a titolo di colpa, qualora l'agente diffonda germi che conosce come patogeni per negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di

nei confronti del soggetto che pur potendo prevedere di aver contratto il Coronavirus (o di potere essere “positivo” allo stesso), circoli liberamente nel territorio dello Stato, ignorando (o applicando erroneamente) le misure precauzionali imposte dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, determinando la propagazione del morbo per negligenza o imprudenza in un numero potenzialmente cospicuo di soggetti.

La configurazione del reato di epidemia, quanto meno nella forma colposa, assume poi un’importanza fondamentale con riferimento al tema della prescrizione nelle cause civili, in considerazione del disposto di cui all’art. 2947, comma 3, c.c. Difatti, tutti coloro che hanno diritto al risarcimento del danno derivante dal fatto illecito possono godere di termini prescrizionali più lunghi per agire sia nei confronti dell’autore dell’illecito penale che dei soggetti tenuti al risarcimento a titolo di responsabilità indiretta. Ne consegue che qualora sia sopraggiunta l’estinzione del reato per prescrizione, i titolari della pretesa risarcitoria possono godere del termine più lungo previsto per l’azione civile anche con riguardo alla posizione di altri soggetti.

Nonostante i limiti strutturali che la contestazione del delitto *de quo* reca con sé, in assenza di altre norme specifiche, nei confronti del soggetto che, consapevole (o potendo prevedere) di aver contratto il Coronavirus circoli liberamente, sembra rappresentare un’alternativa necessitata a fronte del danno effettivo della propagazione del morbo e del pericolo concreto che la malattia contagiata possa provocare ulteriori infezioni.

Anche nella materia *de qua* si (ri)propone la necessità di prendere in considerazione l’introduzione di fattispecie criminose specifiche¹⁰⁴, configurate in modo da valorizzare l’assoluta *noncuranza per la vita altrui* espressa da condotte del tipo descritto, perfino alla stregua della norma che puniva il contagio di sifilide e blenorragia, contenuta nell’abrogato art. 554 c.p.¹⁰⁵; senza, però, sottovalutare il

leggi, regolamenti, ordini o discipline (per es. inosservanza delle disposizioni giuridiche sulle vaccinazioni obbligatorie), senza l’intenzione di cagionare un’epidemia né accettando il rischio del suo verificarsi: cfr. Trib. Bolzano, 2 marzo 1979, Rier, in *Giur. mer.*, 1979, p. 950. In tema, cfr., L. Agostini, *Pandemia e “penademia”: sull’applicabilità della fattispecie dell’epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema penale*, fasc. 4/2020, p. 229 ss.

¹⁰⁴ *Contra*: v. G. FIANDACA, *Omissione di misure anti-AIDS e contagio di un’infermiera in un reparto ospedaliero*, in *Foro it.*, 1990, II, pp. 64 ss.

¹⁰⁵ Il legislatore del 1930, in mancanza di una disposizione *ad hoc*, intendeva punire chi, consapevole della propria malattia, compisse atti sessuali con una persona sana a titolo colposo; invece, attraverso l’art. 554 c.p., che puniva, in particolare, il contagio di sifilide o di blenorragia

delicato bilanciamento tra l'esigenza di reprimere penalmente condotte connotate da un alto disvalore sociale con il diritto di ogni individuo di mantenere adeguati spazi di libertà e riservatezza. Sono, pertanto, da auspicare, prima ancora che interventi di politica criminale, appropriate politiche di prevenzione sociale.

Allo stato non resta che attendere le prossime determinazioni della giurisprudenza nei casi sottoposti alla sua attenzione, cogliendo ancora una volta l'occasione per riflettere sull'opportunità di un intervento legislativo *ad hoc* capace di ripristinare la certezza del diritto (anche) in casi problematici come quelli oggetto della presente indagine, destinati inevitabilmente a moltiplicarsi nella società 2.0.

(abrogato dall'art. 22 l. 22 maggio 1978, n. 194, in tema di interruzione della gravidanza) si voleva predisporre una fattispecie di danno con dolo di pericolo, che colpisse chi, pur non volendo l'evento-contagio, accettava di esporre un terzo inconsapevole ad un rischio grave per la propria salute. Quest'ultima condotta, infatti, appariva particolarmente riprovevole e, dunque, meritevole di essere ricondotta all'alveo della responsabilità dolosa: E. JANNITTI PIROMALLO, *Commento al titolo X, libro II del Codice penale*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, a cura di U. Conti, vol. III, S.E.L., 1934, pp. 164 s. Cfr. altresì *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. II, 1929, pp. 391 s.: «Occorreva disciplinare quella che è la forma più comune, e dolorosamente assai diffusa, di contagio provocato da colui che, conoscendo il proprio stato di salute ed occultandolo ad altri, compie, senza intenzione di contagiare, atti che egli sa possono essere produttivi di contagio. Questa ipotesi avrebbe potuto, fino ad oggi, essere addebitata a titolo di colpa, ma in essa più che la leggerezza, l'incuria, la inosservanza di norme elementari di previdenza igienica, od ogni altro aspetto della colpa, si delinea una condotta di meditata reticenza, la quale realizza quel dolo di pericolo, consistente nel prevedere l'evento di pericolo e nel dargli causa con la propria attività volontaria, anche a costo di produrlo». Una condanna a titolo di lesioni volontarie era, dunque, prospettabile solo nelle ipotesi di dolo intenzionale, in cui l'agente avesse agito «al fine di cagionare il contagio».