

MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO: IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.

(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)

COVID-19 E RESPONSABILITÀ COLPOSA: BILANCI E PROSPETTIVE

di Cristiano Cupelli

(Professore ordinario di diritto penale,
Università di Roma Tor Vergata)

Sommario: 1. Gli *effetti indiretti* della pandemia. – 2. La colpa medica e la gestione dell'emergenza pandemica: l'esonero da responsabilità per i vaccinatori. – 3. I limiti della rimproverabilità colposa degli operatori sanitari. – 4. (*segue*) il contesto emergenziale. – 5. (*segue*) l'inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* C.p. e la resistenza giurisprudenziale alla misura soggettiva della colpa. – 6. La norma *ad hoc*: l'art. 3-*bis* della l. 28.5.2021, n. 76. – 7. Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: l'esigenza regolatoria. – 8. Le peculiarità del sottosistema della sicurezza sul lavoro. Cenni. – 9. Un nuovo fattore di rischio. – 10. Per concludere: un reale ridimensionamento della colpa penale? – 10.1. Le prospettive di riforma (della riforma) in materia sanitaria. – 10.2. Un ridimensionamento della drammaticità della colpa antinfortunistica da Covid-19.

1. Tra gli effetti che, sul piano giuridico, la diffusione del virus SARS-Cov-2 lascia in eredità vi sono alcune soluzioni normative temporanee che incidono su due settori assai problematici della responsabilità colposa, quelli legati all'attività sanitaria e alla sicurezza sul lavoro.

Indagini avviate in alcune zone d'Italia per eventi avversi legati alla pandemia, da un lato, e l'assimilazione, adombrata nel pieno della fase emergenziale, dei casi accertati di infezione da coronavirus contratta dai dipendenti in occasione di attività lavorative a ipotesi di vero e proprio infortunio, dall'altro, hanno infatti spinto il legislatore ad affrontare una nuova (e consequenziale) *emergenza nell'emergenza*: evitare che medici e operatori sanitari, da oltre un anno e mezzo oramai impegnati in prima linea in condizioni talvolta estreme nella lotta alla pandemia (negli ultimi mesi con diverse ma non minori difficoltà nella campagna vaccinale), e datori di lavoro, protesi con ogni

sforzo verso la ripresa dell'attività imprenditoriale, fossero travolti da inchieste giudiziarie miranti a trovare colpevoli, diversi dal virus, per i decessi avvenuti durante tale periodo.

La risposta normativa si è tradotta, sul fronte della responsabilità sanitaria, nell'art. 3 del d.l. 1.4.2021 n. 44 (recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti Sars-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici»), che ha introdotto un'ipotesi di non punibilità circoscritta ai soli vaccinatori, e, quindi, nell'art. 3-bis della relativa legge di conversione (l. 28.5.2021 n. 76), che ha allargato il campo, prevedendo una limitazione della responsabilità penale ai casi di colpa grave di tutti gli esercenti una professione sanitaria, nell'ambito della fase emergenziale; sul versante delle responsabilità datoriali, nell'art. 29-bis del d.l. 8.4.2020 n. 23 (convertito poi nella l. 5.6.2020 n. 40), da ultimo esteso, dal comma 5 dell'art. 1 del d.l. 6.8.2021 n. 111, al personale scolastico e universitario.

2. Andando con ordine, il primo intervento legislativo è stato, come si è detto, il d.l. n. 44 del 2021, che ha affrontato, nella versione originaria, solo l'ultimo – e per certi versi più eclatante – rischio riscontrato nel contesto del piano di vaccinazione di massa messo in atto nel nostro Paese, introducendo all'art. 3 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2») un'ipotesi di esclusione della punibilità del personale sanitario addetto alla vaccinazione per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi che trovano causa nella somministrazione del vaccino, a condizione che «l'uso dello stesso risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e nelle circolari del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione»¹.

Si tratta di una norma nata con l'evidente obiettivo di assicurare, durante il periodo emergenziale, il personale sanitario impiegato nell'attività di vaccinazione con riferimento ai rischi legati al possibile coinvolgimento penale in eventi avversi conseguenti alla somministrazione del vaccino. Tale esigenza, come è ben noto, si è manifestata a seguito di decessi (in numero alquanto esiguo, per la verità) avvenuti nel pieno della campagna vaccinale, accompagnati dall'apertura di inchieste delle competenti Procure (con iscrizione nel registro degli indagati di medici e infermieri che hanno somministrato le dosi), dall'ampio clamore mediatico e dalla temporanea

¹ A prima lettura, M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1171 ss.

sospensione, in via cautelare, del vaccino AstraZeneca, con rimodulazione dei destinatari. L'effetto temuto, che si è puntato a scongiurare, è stato quello di una "nuova variante" del ben noto tema della medicina difensiva, nella quale i medici, preoccupati dai rischi collegati a eventi avversi imprevedibili, avrebbero potuto scegliere di astenersi dal somministrare il vaccino, con ricadute di non poco conto sui tempi del percorso di vaccinazione.

La prevista non punibilità si fonda su tre requisiti: *a)* il verificarsi dell'evento morte o lesione del vaccinato; *b)* la sussistenza del rapporto di causalità fra la somministrazione del vaccino e i predetti eventi; *c)* la conformità della somministrazione alle relative regole cautelari. Per come formulata, la norma sembra costituire una *causa di esclusione della colpevolezza*, presupponendo la sussistenza di un nesso eziologico (almeno a livello concausale) tra l'inoculazione e la morte o le lesioni che ne siano derivate. Nel merito, si va a incidere sul profilo colposo, escludendosi qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa (anche grave) – qualora siano state rispettate le indicazioni contenute nei documenti menzionati – in capo ai soggetti coinvolti a vario titolo nelle attività di vaccinazione (dunque anche a coloro che sono deputati alla distribuzione e alla conservazione dei lotti e alla preparazione delle dosi).

Più nel dettaglio, tra i parametri di conformità si richiama il «provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio», ossia il foglietto illustrativo ove sono contenute le informazioni inerenti alla posologia, alla conservazione, alle modalità di somministrazione e alle possibili controindicazioni. Meno preciso appare invece il rinvio all'ulteriore parametro delle «circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione», che si espone, in assenza di ulteriori specificazioni sulla tipologia di prescrizioni e soprattutto sui destinatari delle stesse, al rischio di tradursi in una formula vuota e non vincolante sul piano del rispetto delle regole cautelari.

La disposizione è *speciale* rispetto a quella prevista al secondo comma dell'art. 590-sexies Cp; a ben vedere, infatti: *i)* non limita il proprio ambito operativo alle sole ipotesi di imperizia; *ii)* evita qualsiasi riferimento alla "adeguatezza alla specificità del caso concreto", altrimenti richiesta dal legislatore perché il sanitario possa andare esente da responsabilità penale; *iii)* flessibilizza il richiamo a fonti pre-date, svincolando le cautele imposte dal sistema nazionale delle linee guida e dalla formalizzazione richiesta all'art. 5 della l. n. 24 del 2017; *iv)* prescinde, in sede di accertamento,

dall'indagine su regole cautelari derivanti da fonti *diverse* da quelle indicate espressamente, dal momento che non sarà rilevante altra condotta, pur se l'osservanza di una norma prudenziale diversa avrebbe potuto impedire, nel caso di specie, il verificarsi dell'evento.

In quanto più favorevole, la norma può assumere naturalmente efficacia *retroattiva* e applicarsi, ai sensi dell'art. 2 Cp, anche a fatti commessi *prima* dell'entrata in vigore del decreto, purché relativi a somministrazioni effettuate «nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457 della l. 30.12.2020, n. 178».

3. In sede di conversione – lo si è accennato – è stato introdotto, nella l. n. 76 del 2021, l'art. 3-*bis* («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19»), a tenore del quale «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave». Al secondo comma, viene specificato poi che «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza»². La norma ha recepito le molteplici e accorate istanze – avanzate al legislatore e al Governo dalla Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici (FNOMCeO) e da una parte (invero non maggioritaria) della dottrina³ – volte a rimarcare l'esigenza di tenere conto *sino in*

² Nell'ambito dell'ampia bibliografia sui diversi profili di rilevanza giuridica legati all'emergenza Covid-19, si segnalano, nella specifica prospettiva affrontata nel testo, in particolare i contributi di A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 887 ss.; P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, in *SP* 1.6.2021; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, *ivi*; M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica*, *cit.*, 1182 ss.; M. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma 2021, 157 ss.; L. Carraro, *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico?*, in *AP* 2/2021.

³ Sia consentito il rinvio a C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli*

fondo delle difficoltà *contestuali* ed *emergenziali* che i professionisti sanitari, trovatisi a combattere una malattia sconosciuta, per la quale le evidenze scientifiche sono in continuo divenire e derivano per lo più da studi osservazionali, hanno dovuto affrontare (e stanno in parte ancora affrontando) e a far sì che la misura del rimprovero personale che può essere loro mosso sia ragionevolmente correlata all'eccezionalità e all'emergenza in cui versa il sistema sanitario.

4. Per comprendere meglio la genesi della fattispecie, occorre soffermarsi in via preliminare e in termini necessariamente rapsodici sulle ragioni dell'intervento legislativo, partendo dal ricordare alcuni aspetti fattuali che hanno connotato il peculiare contesto delineatosi a partire dal febbraio del 2020.

Anzitutto, come si ricorderà, nella fase iniziale della pandemia la diffusione a ritmo esponenziale dell'infezione e l'elevato numero di malati bisognosi di cure e ricovero soprattutto nei reparti di terapia intensiva (con uso di ventilazione assistita) o di pneumologia hanno drammaticamente riproposto all'attenzione dell'opinione pubblica il limite delle risorse disponibili in termini tanto strutturali e organizzativi (numero di posti letto, disponibilità di farmaci e tecnologie) quanto soggettivi (presenza di personale medico ed infermieristico in numero sufficiente e con requisiti di specifica competenza e conseguente effettuazione di turni di lavoro massacranti). Al cospetto di evidenti *deficit* di organico, poi, nel tentativo di assicurare il più esteso livello di cura ci si è trovati costretti a fare ricorso, su base volontaria, ad altri operatori sanitari disponibili nella struttura, pure se privi del necessario livello di specializzazione in relazione al tipo di attività medica prestata, i quali hanno assunto volontariamente un rischio che – sulla base dei tradizionali canoni di imputazione della responsabilità – potremmo ritenere punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe in questi casi condurre all'astenersi dall'attività. Oltre a ciò, va considerato come, nonostante gli sforzi organizzativi e finanziari a livello statale e regionale diretti ad aumentare i posti letto disponibili in terapia intensiva (trasformando e allestendo nuovi reparti, acquistando le tecnologie necessarie, incrementando il personale, ecc.)⁴, la potenza

operatori sanitari, in SP 30.3.2020.

⁴ Ampio il dibattito suscitato dall'analisi del reticolo dei provvedimenti normativi succedutisi a seguito dell'esplosione dell'emergenza; senza pretesa di esaustività, si rinvia, nella prospettiva penalistica, per tutti, ad A. Della Bella, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino 2023.

diffusiva della pandemia è stata più veloce e ha adombrato l'allarmante scenario che sugli stessi medici potesse ricadere, in certi casi, la tragica decisione, fra pazienti con diverse speranze e possibilità di sopravvivenza, su chi includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione: in sostanza, la scelta di chi *curare prima* o addirittura *non curare*.

Tra gli ulteriori snodi critici, va segnalato il rilievo cruciale assunto nel contesto pandemico dall'impiego di farmaci sottoposti a sperimentazione e *off label* (o fuori etichetta o fuori scheda tecnica); può darsi ormai per acquisito, infatti, come la nuova patologia sia stata affrontata, nella prima fase, curandone i sintomi attraverso l'impiego di medicinali commercializzati per altre indicazioni, resi disponibili ai pazienti, pur in assenza di indicazione terapeutica specifica per il Covid-19, sulla base di evidenze scientifiche spesso limitate o comunque non accreditate in termini incontrovertibili; al contempo, è altrettanto risaputo come, per fronteggiare l'emergenza, si sia fatto un "uso compassionevole" del presidio farmacologico, ricorrendo a prodotti in fase di sperimentazione (è il caso, fra gli altri, del "Remdesivir", molecola sperimentale pensata e testata dall'americana Gilead per combattere il virus Ebola e ora allo studio per il trattamento di Covid-19). Ebbene, risalta immediatamente l'ampio ventaglio di potenziali responsabilità connesse agli effetti avversi derivanti dalla somministrazione che avrebbe potuto riguardare il medico curante, al quale veniva rimessa la scelta *contingente* di quali farmaci adottare per la cura del Covid-19 (previa autorizzazione del direttore sanitario del nosocomio che ha preso in carico il paziente).

Ancora una volta, allora, si paventava il rischio che, profilandosi negli operatori sanitari la preoccupazione per la propria incolumità giudiziaria, potesse in loro prevalere – nell'immediato e in prospettiva – la tentazione di atteggiamenti *autocautelativi*, improntati a una sorta di *medicina difensiva dell'emergenza*, a discapito di quello slancio volontaristico che li aveva resi, nella prima fase dell'emergenza, eroi ampiamente celebrati; ciò, tenendo in considerazione soprattutto il peso rivestito dal cortocircuito massmediatico che – non da ora – trasforma ogni iscrizione nel registro degli indagati (che nel caso degli operatori sanitari riguarda tendenzialmente *tutti* i soggetti potenzialmente coinvolti nell'evento avverso) da atto di garanzia a *condanna anticipata*.

5. L'esigenza di un intervento normativo *ad hoc* per fronteggiare la complessità della situazione appena descritta è maturata all'esito di un preliminare vaglio dell'art. 590-

sexies Cp, introdotto nel codice penale con la l. 8.3.2017 n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e “rivisitato”, in senso ulteriormente restrittivo, dalle Sezioni unite penali della Cassazione nella sentenza Mariotti del febbraio 2018⁵. Come è noto, l’esonero di responsabilità per colpa dell’operatore sanitario delineato nel codice è non solo circoscritto alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi e limitato alle ipotesi di imperizia non grave, riferibile all’atto esecutivo, ma anche ancorato al rispetto di linee guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali consolidate e subordinato in ogni caso a un preventivo vaglio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute in siffatte linee guida alle specificità del caso concreto⁶.

È sin troppo evidente come questa ristretta area di non punibilità colposa fosse inidonea rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è stato chiamato a operare nel contrasto al Covid-19 (a maggior ragione nell’ambito di un percorso *off label* o compassionevole). Ciò in quanto: *i*) non vi sono linee guida sufficientemente accreditate o pratiche consolidate a cui legare il giudizio di rimproverabilità (vista la novità della patologia e la sostanziale mancanza, allo stato, di affidabili evidenze terapeutiche); *ii*) le ipotesi di colpa (non punibili) da considerare nell’emergenza non possono essere limitate ai soli casi di imperizia non grave realizzati nella fase esecutiva, ma devono essere estese anche agli episodi di negligenza o di imprudenza non gravi (si pensi al difetto di attenzione derivante dal dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti o con insufficiente personale medico-infermieristico specializzato); *iii*) potrebbe esservi la necessità di esonerare da responsabilità penale gli operatori sanitari non solo per omicidio e lesioni colposi ma anche per epidemia colposa causata – nella fase iniziale – dalla mancanza di mezzi di protezione individuale o da un non adeguato isolamento dei pazienti derivante dalla incessante affluenza di malati al pronto soccorso.

Va aggiunto poi come, sul versante giurisprudenziale, in queste ipotesi non si possa fare un ragionevole affidamento sulla sola potenzialità “salvifica” della c.d. misura soggettiva della colpa. Si tratta di una categoria certamente capace – in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle emergenze “contestuali” e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui l’operatore sanitario è chiamato a

⁵ Cass. S.U. 21.12.2017 n. 8770 (Mariotti), in *CP* 2018, 1470.

⁶ Sui limiti strutturali dell’art. 590-sexies Cp, sia consentito il rinvio a C. Cupelli, *L’anamorfose dell’art. 590-sexies c.p. L’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ e i problemi irrisolti dell’imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *RIDPP* 2019, 1969 ss.; una completa disamina del nuovo modello di responsabilità introdotto dalla l. n. 24 del 2017 in M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 344 ss. e M. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 71 ss.

svolgere la propria attività di cura e assistenza. Questo tipo di accertamento fa leva sull'applicazione, anche in sede penale, della clausola generale contenuta all'art. 2236 Cc, che, in presenza di «problemi tecnici di speciale difficoltà» della prestazione professionale, limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo e colpa grave. Tuttavia, la giurisprudenza penale in ben poche occasioni vi ha effettivamente fatto ricorso in ambito sanitario, finendo per degradare la disposizione civilistica da canone valutativo a mera clausola di stile, sotto la rassicurante – ma poco appagante sul piano della declinazione pratica – formulazione di «regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando il caso specifico sottoposto all'esame del sanitario imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà»⁷. Si può osservare come, oltretutto, questa impostazione, quand'anche fosse accolta, scontrerebbe in ogni caso il limite del riferimento alla sola imperizia, mentre – come si è visto – in questi casi non possono non assumere rilievo (anche) ipotesi riconducibili a negligenza e imprudenza⁸.

6. Ebbene, l'art. 3-bis, introdotto in sede di conversione del d.l. n. 44, recepisce quasi *in toto* le istanze poc'anzi sottolineate, muovendosi all'interno di un ben definito campo di applicazione, funzionalmente connesso alla gestione del rischio Covid-19 e temporalmente limitato al perdurare dell'emergenza sanitaria. Prevede una causa di esclusione della punibilità della colpa “non grave” (derivante non solo da imperizia, dunque, ma anche da negligenza e imprudenza) per i fatti di omicidio e lesioni causalmente riconducibili proprio al contesto emergenziale messo in luce, improntata su due elementi: a) la limitazione della responsabilità penale degli operatori sanitari alle sole ipotesi di colpa grave, di qualunque matrice colposa (oltre all'imperizia, dunque, anche condotte connotate da negligenza e imprudenza); b) l'introduzione di una definizione *orientativa* di colpa grave, nella quale sono elencati gli indici in base ai quali il giudice deve operare l'accertamento (sottratto quindi alla sua assoluta discrezionalità).

⁷ Per tutti, Cass. S.U. 21.12.2017 n. 8770 cit., § 10.2; un recente (ma ancora isolato) esito innovativo, in tema di individualizzazione del giudizio di colpa nel settore della sicurezza del lavoro, in Cass. 8.10.2020 n. 1096, in *GI* 2021, con nota di D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*.

⁸ Un'accurata ricostruzione delle possibili soluzioni che, in applicazione dei principi generali e della disciplina vigente, consentirebbero di evitare eccessi punitivi nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie, anche in assenza di norme *ad hoc*, in A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 890 ss.

La disposizione incontra un limite temporale, connesso alla sua natura di norma temporanea: è infatti destinata a trovare applicazione «durante lo stato di emergenza epidemiologica da SARS-Cov-2, dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe» (dunque, ad oggi, sino al 31 dicembre 2021). Come nel caso dell'art. 3 per i vaccinatori, trattandosi di norma di favore, troverà applicazione anche ai fatti commessi, sempre nel periodo emergenziale, prima dell'entrata in vigore del decreto-legge. A tal fine, appare utile precisare che, per potere beneficiare del più propizio regime di imputazione colposa, è necessario che la condotta ricada nel periodo emergenziale, non rilevando che l'evento si verifichi in un momento successivo alla conclusione di tale periodo⁹.

Il perimetro applicativo presenta un ulteriore limite, per così dire, *oggettivo-funzionale*, dal momento che la norma è circoscritta ai soli fatti di cui agli articoli 589 e 590 Cp (non dunque ad altre ipotesi di reato, come l'epidemia colposa) commessi *durante lo stato di emergenza, nell'esercizio di una professione sanitaria* e che *trovino causa* nella situazione emergenziale; tale connessione causale (che ha superato il riferimento meramente cronologico al periodo pandemico contenuto in talune proposte alternative) consente opportunamente di ricomprendere non solo gli eventi relativi a patologie Covid-correlate, ma anche quelli relativi a patologie non Covid-correlate, purché causate o aggravate dall'abbassamento dei livelli assistenziali in ragione del carattere prioritario accordato al contrasto alla pandemia. L'elemento cruciale, in buona sostanza, è rappresentato dall'incidenza del contesto emergenziale sul regolare *modus operandi* degli operatori sanitari, incidenza da prendere in considerazione ai fini della pretesa di conformità alle cautele doverose e dunque del livello esigibile di rimproverabilità colposa.

Come si è visto, il secondo comma dell'art. 3-bis dà rilievo ad alcuni parametri – non esclusivi e dunque ampliabili e integrabili sul piano interpretativo – di valutazione del grado della colpa¹⁰. Vengono in particolare individuati tre diversi fattori – ricorrenti nella situazione emergenziale correlata a una nuova malattia con portata epidemica – che possono concorrere a escludere la gravità della colpa. Il riferimento è, in

⁹ Per la rilevanza da attribuire, in materia di responsabilità colposa, alla condotta ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti* nei c.d. reati a evento differito, cfr., di recente, Cass. S.U. 19.7.2018 n. 40986, in *CP* 2019, 76.

¹⁰ Sull'ambito di operatività della norma, v. P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, cit.; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso* (d.l. 44/2021), cit., e M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1183 ss.

particolare: a) alla limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2, che può incidere sull'individuazione tanto dell'esatto quadro patologico quanto, e conseguentemente, delle più appropriate terapie (si pensi alla ricordata somministrazione farmacologica *off label*)¹¹; b) alla scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, che può riflettersi sull'adeguata gestione e cura dei pazienti; c) al minore grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza, che si riverbera sulla misura soggettiva di rimproverabilità; in tale caso, la mancanza di una adeguata specializzazione, da parte del sanitario chiamato a prestare servizio nel contesto emergenziale (ad es., nei reparti Covid), non potrà essere valutata alla stregua degli stessi indici di gravità della colpa per assunzione vevoli in contesti non emergenziali.

L'esplicitazione degli indici di valutazione della colpa grave – momento qualificante della novità – consente una ragionevole uniformità nell'accertamento giudiziale, senza tuttavia compromettere una diversa modulazione della risposta in sede applicativa, che possa tenere conto delle peculiari circostanze del caso concreto; al contempo, permette di attenuare il timore che il passare del tempo faccia “dimenticare” la situazione così particolare in cui i medici sono stati chiamati a operare, contribuendo meritoriamente a sterilizzare la pericolosa tendenza applicativa a valorizzare la logica del *senno del poi* nella valutazione delle condotte degli operatori sanitari.

7. Sul secondo fronte problematico, con la ripresa post pandemica delle attività lavorative e produttive conseguente all'ingresso nella c.d. “fase 2”, caratterizzata dall'allentamento e, dunque, dalla parziale modifica delle prescrizioni contenitive in vista di un graduale ritorno alla normalità, si è riproposta l'esigenza di attenuare la preoccupazione del fronte imprenditoriale per l'eventuale responsabilità dei datori di lavoro connessa a possibili casi di infezione da coronavirus contratta da propri dipendenti. Si trattava di una preoccupazione che, in termini più generali, si innestava su un terreno già di per sé estremamente complesso e che è stata ulteriormente

¹¹ Tale criterio, come osserva M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1185, sembra richiamare le indicazioni formulate negli «Orientamenti della Procura generale presso la Corte di Cassazione in materia di Covid e responsabilità sanitaria» del 15 giugno 2020, che, «abbracciando una ricostruzione della colpa in una prospettiva ex ante e in concreto, invitava i pubblici ministeri e i giudici di merito a svolgere una «caratterizzazione del sito» nel quale si è svolta la condotta contestata, da compiere attraverso la raccolta delle conoscenze disponibili al momento delle scelte diagnostiche e terapeutiche e l'individuazione di una regola cautelare la cui violazione possa essere ascritta all'operatore».

accentuata dall'equiparazione, disposta dal secondo comma dell'art. 42 d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. decreto *Cura Italia*, convertito nella l. 24.4.2020 n. 27) a fini assicurativi, dei casi di infezione da coronavirus in occasione di attività lavorative a veri e propri infortuni sul lavoro.

Così, nel corso dell'esame in sede referente del disegno di legge di conversione del d.l. 8.4.2020 n. 23 (c.d. decreto liquidità), è stato introdotto l'articolo 29-bis, dedicato agli «obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19»¹². L'addenda emendativa, definitivamente confluita nella l. 5.6.2020 n. 40, prevede che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»¹³. Come pure si è ricordato, l'applicabilità

¹² Sull'intervento normativo in esame e sulla responsabilità del datore di lavoro in caso di contagio, si vedano, a prima lettura e per tutti, S. Dovero, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI) 2021*; Id., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme* 22.4.2020; Id., *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, ivi 5.5.2020; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *SP* 15.6.2020; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, ivi 22.6.2020; Id., *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in www.legislazionepenale.eu 27.1.2021.

¹³ Il comma 14 dell'articolo 1 del d.l. 16.5.2020 n. 33 (recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19») stabilisce che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale», aggiungendo che «le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del d.l. n. 19 del 2020 o del comma 16». Va altresì segnalato quanto previsto, sul punto, anche dall'art. 2 del d.P.C.m. 17.5.2020, attuativo del d.l. n. 33 del 2020 (recante «Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali»), che rinvia espressamente al protocollo di cui sopra e ad altri protocolli, allegandoli all'atto normativo stesso. L'art. 2, infatti, prevede che «sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, rispettano i contenuti

dell'art. 29-*bis* è stata di recente estesa dal comma 5 dell'art. 1 del d.l. 6.8.2021 n. 111 al personale scolastico e universitario, allorquando siano rispettate le prescrizioni previste nel medesimo decreto (mascherine, distanza di sicurezza e divieto di accesso per soggetti sintomatici) e dalle linee guida e dai protocolli in materia.

8. Per inquadrare la tematica e cogliere portata e senso dell'innovazione, è necessario ricordare come, tra le molte peculiarità del microsistema della sicurezza sul lavoro, vi è quella per cui, a fronte della spinta alla positivizzazione delle regole e dell'apparente guadagno in termini di determinatezza e conoscibilità del precetto, è ancora prevalente, in sede giurisprudenziale, il ricorso quale parametro della colpa a regole cautelari dai contenuti elastici, massicciamente presenti (pur se travestite da cautele rigide) nel *corpus* normativo, a partire dal d.lgs. n. 81 del 2008; l'effetto che ne deriva è l'ingenerare regole di accertamento ambigue e ibride, nelle quali i tratti semplificatori tipici della colpa specifica vengono riferiti a cautele elastiche che, pur essendo formalizzate, presentano tutti i requisiti contenutistici della colpa generica.

Agli stessi fini, va altresì richiamata la tendenza a fare ricorso a vere e proprie clausole generali, il cui più significativo esempio è rappresentato dall'art. 2087 Cc, che attribuisce all'imprenditore (con il quale in questo caso il datore di lavoro va a coincidere) l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'impresa, «le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»: un obbligo tanto ampio quanto indeterminato, limitandosi il precetto a individuare il soggetto su cui grava e i destinatari della tutela, senza fornire ulteriori informazioni sulla condotta da tenere o sull'esistenza di poteri impeditivi. Ora, sebbene parte della giurisprudenza abbia in talune occasioni provato a riempire la clausola aperta rappresentata dall'art. 2087 Cc, precisando che tale obbligo non vada esteso a ogni cautela possibile e innominata, ma riferito solo a comportamenti che trovino fondamento in fonti del diritto di rango primario o secondario o suggeriti dalla tecnica e che siano concretamente individuati

del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid- 19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14».

e individuabili¹⁴, l'elasticità *strutturale* della fattispecie civilistica ha stimolato, sul fronte penale, interpretazioni altrettanto "elastiche", dirette a estendere la portata della posizione di garanzia/protezione del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti. È sufficiente ricordare, in proposito, la lettura secondo cui l'art. 2087 Cc, come tutte le clausole generali, finirebbe per assumere una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento al caso concreto e alla sottostante realtà socio-economica, che consentirebbe di supplire a ogni lacuna della normativa, inevitabilmente non in grado di contemplare tutti i fattori di rischio. In sostanza, alla norma, per tale via, viene riconosciuta la funzione di *ulteriore fonte* di regole cautelari, la cui inosservanza viene a fondare la colpa del datore di lavoro: una vera e propria norma di chiusura del sistema prevenzionistico, che finisce per ampliare a dismisura la diligenza richiesta al datore, che non si esaurisce quasi mai nel rispetto delle regole cautelari scritte¹⁵.

9. In questo contesto problematico di base, è evidente come la perdurante (e già segnalata) incertezza scientifica sulle precise caratteristiche del virus e sulle sue potenzialità di trasmissione ponga il datore di lavoro, nella gestione della sicurezza, di fronte a un fattore di rischio ancora nuovo e in gran parte eterogeneo rispetto all'attività lavorativa, con tutte le difficoltà legate all'esatta perimetrazione di un livello di rischio accettabile nella ripartenza delle attività lavorative, finendo per amplificare i segnalati timori di una iperpenalizzazione in ambito antinfortunistico.

Ad accentuare tali preoccupazioni ha contribuito l'evoluzione della normativa emergenziale. Il riferimento è, in particolare, a quanto disposto dal ricordato art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, che ha confermato, anche per le infezioni da virus SARS-CoV-2, l'applicazione del principio generale in base al quale le malattie infettive contratte in occasione di lavoro (ad esclusione di quelle inquadrate come malattie professionali) sono considerate *infortuni sul lavoro* ai fini della relativa assicurazione obbligatoria¹⁶.

¹⁴ Fra le varie, si vedano Cass. 14.1.2005 n. 644; Cass. 1.2.2008 n. 2491; Cass. 23.9.2010 n. 20142; Cass. 3.8.2012 n. 13956; Cass. 8.10.2018 n. 24742; da ultimo Cass. 11.2.2020 n. 3282.

¹⁵ Sulle tendenze oggettivizzanti della prassi con riferimento all'art. 2087 Cc, si vedano, tra gli altri, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 568 ss.; A. Gargani, *La flessibilizzazione giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 424 ss.; M.N. Masullo, *Colpa e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi della responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli 2012, 169 ss.; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen. I, Aggiornamento*, Torino 2000, 397 ss.

¹⁶ Tale articolo, infatti, recita: «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che

Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti, vi è stata su tale articolo una presa di posizione da parte dell'Inail. La circolare 20.5.2020 n. 22, in qualche modo anticipando i contenuti dell'art. 29-bis, ha riconosciuto che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33». Ancora, si è aggiunto come «il rispetto delle misure di contenimento, se sufficiente a escludere la responsabilità civile del datore di lavoro, non è certo bastevole per invocare la mancata tutela infortunistica nei casi di contagio da Sars-Cov-2, non essendo possibile pretendere negli ambienti di lavoro il rischio zero. Circostanza questa che ancora una volta porta a sottolineare l'indipendenza logico-giuridica del piano assicurativo da quello giudiziario». Si è conclusivamente esplicitato inoltre che «il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero. Così come neanche in sede civile l'ammissione a tutela assicurativa di un evento di contagio potrebbe rilevare ai fini del riconoscimento della responsabilità civile del datore di lavoro, tenuto conto che è sempre necessario l'accertamento della colpa di quest'ultimo nella determinazione dell'evento»¹⁷. Ciò nonostante, è stata pressante l'invocazione, da parte del mondo imprenditoriale, di un intervento chiarificatore di rango legislativo. Si è così giunti alla proposta emendativa citata in apertura, la quale, finalizzata a introdurre elementi di certezza, sembra muovere dalla piena consapevolezza della tendenza espansiva della prassi e puntare a ridefinire, con specifico riferimento al segnalato rischio di contagio, il contenuto dell'obbligo di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore gravante, ai sensi dell'art. 2087 Cc, sui datori di

assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti dell'allegato 2 al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 27 febbraio 2019, recante "Modalità per l'applicazione delle tariffe 2019". La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

¹⁷ La prima circolare Inail (la n. 13 del 3.4.2020) ha, invece, individuato le fattispecie professionali per le quali viene riconosciuta una presunzione semplice di contrazione in occasione di lavoro (della malattia in oggetto), demandando, per le altre fattispecie, la definizione dell'eventuale sussistenza dell'occasione di lavoro all'accertamento medico-legale (quest'ultimo - afferma la circolare - «seguirà l'ordinaria procedura, privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale»).

lavoro pubblici e privati. Inserendo una disposizione che preveda che l'adozione di pre-date misure di contenimento costituisca assolvimento dell'obbligo di sicurezza, l'effetto pratico perseguito è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, l'applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati (e successive modificazioni e integrazioni¹⁸) e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1 co. 14 d.l. 16.5.2020 n. 33.

10. Esplicitati i nodi problematici e delineato il quadro normativo, s'impongono alcune riflessioni conclusive sugli effetti e le implicazioni delle norme esaminate.

10.1. Quanto alla tutela degli operatori sanitari nel contesto dell'emergenza pandemica, e, dunque, con riferimento agli articoli 3 e 3-bis della l. n. 76 del 2021, non appare corretto – a differenza di quanto emerge nel dibattito pubblico – parlare, rispetto alle due norme approvate, di *scudo penale*, termine che lascia in qualche modo trasparire l'idea di un *privilegio* a tutela di *colpevoli* altrimenti *indifendibili* e comunque sembra sottendere un latente pregiudizio nei confronti della magistratura, ritenuta non in grado di fare buon governo delle ordinarie categorie penalistiche e di vagliare l'effettiva commissione di fatti penalmente rilevanti¹⁹; andrebbe piuttosto richiamata e valorizzata l'opportunità – meritoriamente concretizzatasi nella fattispecie esaminata – di una *norma di buon senso e di garanzia* di chi sta operando – in condizioni critiche, di estrema difficoltà e di incertezza scientifica – a tutela della salute pubblica. A ben vedere, si è al cospetto di un intervento che appare, per un verso, del tutto coerente con la disciplina di esonero della responsabilità penale da somministrazione del vaccino, di cui sopra s'è detto (trattandosi di situazioni per molti versi assimilabili, sul piano della minore rimproverabilità soggettiva nel bilanciamento con l'esigenza di salvaguardare la salute pubblica), e, per altro verso, in grado di

¹⁸ Il Protocollo condiviso tra Governo e parti sociali del 24.4.2020 integra il protocollo precedentemente stipulato il 14 marzo dalle stesse parti; come recita in premessa il testo del Protocollo, «l'obiettivo del presente protocollo condiviso di regolamentazione è fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19. Il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione. Il presente protocollo contiene, quindi, misure che seguono la logica della precauzione e seguono e attuano le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria».

¹⁹ Perplexità in ordine all'introduzione di una norma-scudo quale "privilegio ingiustificato" per gli operatori sanitari in M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 540 ss.

svincolarsi dai “tradizionali” dubbi legati a una disciplina di maggiore favore per la classe medica sul piano della compatibilità con i principi costituzionali: sotto il profilo della ragionevolezza e dell’uguaglianza declinate in senso sostanziale, un siffatto regime – diretto a calibrare la novità, l’eccezionalità e la straordinarietà dell’impegno dei medici e la caratura dei rischi (anche per la loro salute) affrontati, onde evitare di trattare *in modo uguale* situazioni palesemente *diverse* – trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale, oltre che nella difficoltà e nella pericolosità dell’attività sanitaria che, nel momento considerato, non appare comparabile con altre attività professionali, prive di analogo significato sociale e non implicanti, a loro volta, rischi e responsabilità così gravi per la vita o l’incolumità delle persone. D’altro canto, non può non considerarsi come la limitazione dell’esonero da responsabilità ai soli casi di colpa lieve consente di assicurare la tutela giudiziaria nei casi di dolo e colpa grave (non giustificabile, cioè, neppure nel contesto emergenziale), rispetto ai quali non sarebbe accettabile l’esclusione della responsabilità.

Conclusa oggi l’emergenza, da un tale intervento – che, seppure espressamente limitato alla situazione contingente dell’epoca, può rappresentare un utile riferimento interpretativo e orientativo per il più ampio parametro della responsabilità colposa di cui all’art. 590-*sexies* Cp, rimarcando la necessità che il giudice *prenda sul serio* i fattori emergenziali – se ne può trarre ulteriore beneficio in termini di generale ripensamento dello statuto penale della responsabilità colposa in ambito sanitario, riflettendo, da un lato, sulla stabilizzazione di una clausola definitoria di colpa grave che tenga conto dei fattori contestuali e, dall’altro, sui confini applicativi da riassegnare alla non punibilità di cui all’art. 590-*sexies* Cp *oltre* gli angusti limiti della sola imperizia lieve nella fase esecutiva²⁰.

In quest’ottica – avanzando qualche spunto conclusivo *de iure condendo* –, si potrebbe mutuare e valorizzare stabilmente il riferimento ai fattori “contestuali” ed “emergenziali” (tra i quali, non solo il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti e gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio clinico, ma anche la volontarietà della prestazione, il tempo a disposizione per assumere decisioni o agire, l’oscurità del quadro patologico o il grado di atipicità, eccezionalità o novità della situazione e dunque pure la necessità di fare ricorso a somministrazioni *off label*) e ragionare sul peso da attribuire, in una

²⁰ Sul rilievo dell’imperizia punibili e sui limiti della odierna disciplina, cfr., tra gli altri, C. Cupelli, *L’anamorfosi dell’art. 590-*sexies* c.p.*, cit., 1984 ss.; M. Caputo, *Le ‘sabbie mobili’ dell’imperizia e la ‘viscosità’ dell’art. 590-*sexies* C.p.* Considerazioni de lege lata e de lege ferenda, in *RIML* 2019, 443 ss.

situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate.

10.2. Quanto, invece, al rischio penale connesso all'emergenza per i datori di lavoro, il principio stabilito all'art. 29-*bis* del d.l. n. 23 del 2020, come evidenziato, afferma che il rispetto delle prescrizioni contenute nei protocolli citati corrisponde, nella sostanza, all'assolvimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 Cc ai fini della tutela contro il rischio di contagio. Sul piano della responsabilità penale, sembrerebbe dunque che l'intento legislativo sia quello di fissare la misura della diligenza richiesta al datore di lavoro all'interno di misure preventive condivise e frutto della migliore scienza ed esperienza del momento, al fine di impedire in futuro che, in fase di accertamento giudiziale, si attui un recupero di responsabilità per colpa fondato sulla clausola generale di cui all'art. 2087 Cc, laddove il contagio si sia verificato pur in presenza dell'adozione e dell'efficace attuazione delle misure protocollari stabilite.

Pur chiara nelle intenzioni, la norma lascia tuttavia residuare non pochi dubbi in merito all'effettiva capacità di raggiungere gli obiettivi perseguiti. Se è vero che l'art. 42 del d.l. n. 18 del 2020, rettamente inteso, si limita a qualificare l'infezione virale da Covid-19 quale infortunio sul lavoro *soltanto* ai fini della sua protezione indennitaria nell'ambito del sistema dell'assicurazione obbligatoria gestita dall'Inail, senza entrare nel campo della responsabilità datoriale né stabilendo alcun rilievo di tale qualificazione a fini penali o civili, è altrettanto vero che l'ordinamento penale non contempla alcuna differenza normativa tra infortunio e malattia professionale. Tuttavia, combinandosi l'equivocità della disposizione con l'indeterminatezza degli obblighi datoriali, per di più in un contesto complicato come quello pandemico, appare comprensibile e forse giustificabile l'avvenuto acuirsi del timore di una facile, per quanto erronea, equazione: *malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro*.

È altresì innegabile che già gli ordinari criteri di imputazione della responsabilità, se rettamente applicati, possano essere idonei a scongiurare interpretazioni eccessivamente penalizzanti per i datori, a partire dalla verifica del nesso causale (alla stregua dei parametri elaborati dalle Sezioni unite Franzese), connotata in questo caso da un evidente ed elevato tasso di complessità - che difficilmente potrebbe condurre ad escludere decorsi causali alternativi e a corroborare l'ipotesi accusatoria con un alto

grado di probabilità logica²¹ -, sino a quella della colpa, fondata sui parametri della concretizzazione del rischio, dello scopo della norma violata, del comportamento alternativo lecito e soprattutto della misura soggettiva.

Senonché, una volta superato lo scoglio causale, sul versante soggettivo un *approccio realistico*, che tenga conto della concreta declinazione delle dinamiche processuali e delle tendenze giurisprudenziali, non può che indurre a un certo scetticismo in merito all'effettiva "tenuta" dei ricordati principi. E così, l'opportunità dell'intervento può essere misurata e apprezzata al metro dei potenziali effetti attuali e futuri che, da questo punto di vista, potrà sprigionare: *oggi*, innescando una responsabilizzazione ulteriore dei datori di lavoro in ordine alla necessità di *attuare e mantenere* effettive misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli e linee guida condivisi, che riproducono le *best practices* del settore; *domani*, in chiave di possibile esonero della responsabilità datoriale per violazione dell'art. 2087 Cc.

Un duplice effetto di tutela, dunque: per i datori, delimitando il novero delle matrici colpose addebitabili ed escludendo che si possa pretendere, sempre e comunque e *a posteriori*, che *qualcosa di meglio e di più* si sarebbe potuto (e dovuto) fare; ma anche (e forse soprattutto) per i lavoratori e per le loro *aspettative* di sicurezza. Senza tralasciare i riverberi benefici connessi alla ripresa e al rilancio delle attività economiche e dei livelli occupazionali.

Venendo alle perplessità, legate soprattutto all'effettivo conseguimento dei fini perseguiti, è evidente come la previsione di adeguatezza non esaurisca tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili. Anzitutto perché, come sappiamo, oggi il fuoco della colpa specifica *ibrida* è principalmente incentrato sulle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 81 del 2008, di talché il peso dell'art. 2087 Cc, in fondo, tende a diminuire e ad assumere i contorni di norma di chiusura (pur dai potenziali effetti espansivi). Ma soprattutto poiché, oltre che per quanto in precedenza detto anche per ciò che emerge dalla semplice lettura del contenuto di molte cautele descritte nei protocolli richiamati dall'art. 29-*bis*, residuerà sempre un margine di accertamento della effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste; si pensi, a titolo esemplificativo, al

²¹ Sulla difficoltà, nel caso di specie, di escludere i fattori causali alternativi, in ragione, fra l'altro, del carattere ubiquitario e silente del virus e dell'incertezza sulla data in cui è cominciata l'infezione, cfr. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 4 ss., nonché, in precedenza, D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in www.legislazionepenale.eu 10.5.2020, 6 ss.

funzionamento della strumentazione per la misurazione della temperatura al momento dell'ingresso sui luoghi lavorativi²². Di conseguenza, non si potrà prescindere – in qualsivoglia contestazione in materia – da una perdurante quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni (configuranti regole cautelari elastiche) e alla necessità (che pone una stringente similitudine con quanto previsto per la colpa medica) di adeguarle alle *specificità del caso concreto*, per il tramite (quantomeno) di un'appropriata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa alla vigilanza sul rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica – *ex ante* e in concreto – della loro idoneità allo scopo. Non è casuale, allora, che dallo stesso art. 29-*bis* continui a essere richiesto al datore, oltre all'adozione delle misure previste nei protocolli e nelle linee guida, proprio il loro mantenimento, con ciò esigendo un'opportuna attività organizzativa per la loro efficace attuazione. Ricavare dal rispetto dei protocolli e delle linee guida indicate nella norma – frutto di concertazione tra le parti sociali – una sicura esclusione di responsabilità dovrebbe necessariamente passare per una diversa e più esplicita scelta politica, vale a dire per un'opzione legislativa che escluda espressamente ogni responsabilità penale (per colpa specifica e generica) del datore di lavoro in caso di rispetto delle cautele inserite nelle fonti richiamate, che impedisca di attribuire rilievo penale ad ogni altro comportamento pur produttivo dell'evento infausto, riconducibile ad altre pur possibili violazioni cautelari²³.

L'auspicio più realistico è che, introducendosi nel tessuto normativo *indizi* di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria – e prospettandosi, in questo ambito, il passaggio verso un'eteronormazione²⁴, si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all'accertamento della colpa generica, soprattutto allontanando la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro: in questa chiave di lettura, l'art. 29-*bis* assume così la fisionomia di una *norma di indirizzo*, dal valore “pedagogico”, quale guida *ragionevole* dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio in ambito

²² Sul punto, M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico*, cit., 541.

²³ In questo senso, S. Dovere, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit., § 4.2.

²⁴ Sui rapporti tra auto ed eteronormazione, nella prospettiva penalistica, cfr. per tutti C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *DPP* 2015, 261 ss.

lavorativo.