

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

EMERGENZA PANDEMICA E RESPONSABILITÀ PENALI IN AMBITO SANITARIO. RIFLESSIONI A CAVALIERE TRA “SCELTE TRAGICHE” E COLPA DEL MEDICO

di Gian Marco Caletti

La portata della pandemia ha messo sotto grande pressione i professionisti sanitari: ha imposto loro scelte drammatiche, li ha costretti a lavorare interamente “off label”, secondo moduli organizzativi emergenziali e con scarse risorse a disposizione. Il breve saggio prende in considerazione possibili soluzioni su come limitare le responsabilità penali con riguardo ai temi della colpa professionale e della tragica scelta rispetto a quale paziente garantire l’accesso alle cure.

SOMMARIO: 1. Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Un sintetico quadro dell’emergenza e delle direttrici del “rischio penale”. – 2. Profili penali della “scelta tragica” in merito a quali pazienti curare in condizioni di risorse limitate. Tra appropriatezza clinica e stato di necessità. – 3. Da eroi a capri espiatori? L’instabile situazione della colpa professionale alla prova dell’emergenza. – 4. Soluzioni *de iure condito*: la palese inadeguatezza dell’art. 590-*sexies* c.p. in un contesto di incertezza scientifica. – 5. (*segue*): verso un’estensione dell’art. 2236 c.c. ai casi dell’emergenza? Potenziale e incognite. – 6. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità. I possibili scenari a livello normativo. – 7. Verso la scoperta di una colpa organizzativa in ambito sanitario?

1. Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Un sintetico quadro dell’emergenza e delle direttrici del “rischio penale”.

L’emergenza sanitaria dovuta all’epidemia di Covid-19 ha sollevato non trascurabili problematiche anche sul piano giuridico. Tra le più urgenti ed ineludibili è emersa la necessità di proteggere gli operatori sanitari impegnati in prima linea nella gestione della pandemia dal “rischio penale”, dilatatosi secondo diverse traiettorie.

Come noto, infatti, la diffusione a ritmo esponenziale della malattia e l’elevato numero di contagi hanno messo a dura prova la tenuta del Servizio Sanitario Nazionale.

L’improvvisa impennata nella richiesta di posti letto nei reparti di malattie infettive, pneumologia e terapia intensiva ha reso necessaria una complessiva riorganizzazione di numerose strutture sanitarie, per fare spazio, isolare e curare i pazienti affetti dalla nuova infezione polmonare. Farmaci e apparecchi, non disponibili per tutti i malati, sono stati contingentati. Professionisti di ogni specializzazione sono stati chiamati a farsi carico dell’emergenza, effettuando turni di lavoro massacranti e

combattendo la pandemia «a mani nude»¹; mentre giovani laureati, specializzandi e pensionati hanno dovuto sopperire alle carenze di personale². Per trovare una cura in grado di debellare l'infezione si è proceduto “per tentativi”, senza potersi affidare ad evidenze scientifiche condivise.

Nel frattempo, il “virus” ha fatto irrimediabilmente breccia anche nelle residenze sanitarie assistenziali – le ormai note “RSA”, che accolgono anziani e persone non autosufficienti –, mietendo un numero enorme di vittime³.

L'eccezionale scenario causato dalla pandemia, dunque, ha moltiplicato le occasioni e le possibilità di commettere errori e, al contempo, acuito il rischio che, visto l'elevatissimo numero di decessi, degli avventi avversi possano essere successivamente incolpati gli stessi operatori sanitari, anche a prescindere da effettive responsabilità. Del resto, imputare all'errore di un soggetto responsabile il “male” consente di tenere sotto controllo l'ansia e non ammettere di esserne alla mercé⁴. Ciò tantopiù in una situazione, come quella attuale, in cui la minaccia proviene da una pandemia provocata da un “virus” in larga parte ancora sconosciuto.

Accanto al tema della colpa professionale, tuttavia, la diffusione dell'epidemia impone al penalista di riflettere anche su altri interrogativi relativi alla responsabilità penale degli operatori sanitari impegnati a fronteggiare l'emergenza, taluni battuti anche di recente, come quello delle cure palliative, altri, che invece si ritenevano confinati tra gli “esempi di scuola” dei manuali, relativi alla “scelta tragica” del sanitario a fronte dell'impossibilità di garantire a tutti i pazienti l'accesso a cure salvavita⁵.

Se sotto il primo profilo, sembra potersi affermare senza riserve la liceità di terapie del dolore praticate da sanitari su pazienti terminali, anche laddove esse vengano effettuate a domicilio⁶; il discorso si fa ben più articolato con riferimento al secondo problema, che conviene dunque mettere senza indugio sotto la lente di ingrandimento.

¹ Espressione utilizzata dal Presidente FNOMCeO Anelli nella lettera aperta al CNF, che fa probabilmente riferimento alla carenza di dispositivi di protezione individuale (guanti, mascherine, ecc.). V. *infra*, nota 22.

² Per un quadro aggiornato della situazione si rimanda ai numerosi approfondimenti presenti sul sito quotidianosanità.it.

³ Da ultimo in argomento, l'inchiesta della versione *online* del Corriere della Sera «Coronavirus, la strage nelle Rsa: sette cose che non hanno funzionato», in www.corriere.it, 22 aprile 2020.

⁴ Cfr. F. PALAZZO, [Pandemia e responsabilità colposa](#), in questa Rivista, 26 aprile.

⁵ Sul tema, già S. CANESTRARI, *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, 200 ss. Volendo anche G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, 23 ss.

⁶ I quotidiani hanno ripreso la notizia per cui in Francia è stata autorizzata la somministrazione del farmaco Ritrovil, anche a domicilio, su pazienti terminali da Covid-19. La polemica seguitane ha permesso di chiarire che si tratta di una cura palliativa e non di una condotta eutanasica. V. *La Francia estende l'uso del Rivotril per i malati terminali di coronavirus: «per una morte senza sofferenza»*, *Corriere.it*, 9 aprile.

Sul punto ogni dubbio viene dissolto dalle parole della legge n. 219/2017, che prevede all'art. 2, comma 1, che «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, *deve* adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative (...)»; e al comma 2, che «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico *può* ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente». Per un commento “a tutto tondo” della «buona legge

2. Profili penali della “scelta tragica” in merito a quali pazienti curare in condizioni di risorse limitate. Tra appropriatezza clinica e stato di necessità.

Come noto, una parte consistente di soggetti con diagnosi di infezione da Covid-19 richiede un supporto ventilatorio a causa di una polmonite interstiziale caratterizzata da ipossemia severa⁷. Tuttavia, le risorse a disposizione per sopperire a tale necessità si sono dimostrate, al confronto con i costanti incrementi nella “curva” dei contagi, drammaticamente limitate. Di conseguenza, i principali sforzi riorganizzativi ed economici approntati sono stati funzionali all’aumento dei posti disponibili in “terapia intensiva”.

Ciò nonostante, da quanto si apprende dai *media*, la diffusione dell’epidemia ha dischiuso, specie nelle aree geografiche più colpite, il drammatico scenario nel quale viene a gravare sugli stessi operatori sanitari la tragica decisione su quali pazienti includere o escludere dal ricovero, dall’accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione: in sostanza, la scelta di chi *curare* e chi *no*.

Si tratta di questioni dolorosissime, rispetto alle quali anche il giurista rimane completamente nudo di certezze. Questa vertigine, oltre che dai beni in gioco e dalle proporzioni numeriche, è data probabilmente anche dal fatto che viene “ribaltata” la prospettiva dalla quale il diritto ha prevalentemente ragionato negli ultimi decenni: quella del paziente che *sceglie* autonomamente di rifiutare o interrompere un trattamento sanitario ponendo fine alla propria esistenza. La c.d. “medicina delle catastrofi” sposta la decisione, perlomeno quella di *curare*, interamente sul medico.

Ad ogni modo, gli scenari da prendere in considerazione paiono essenzialmente due.

Il primo è quello del c.d. «*triage* in emergenza pandemica»⁸.

Ai sanitari impegnati presso il *triage* del pronto soccorso dedicato all’emergenza si rende evidente nello stesso momento che due o più malati di Covid-19 necessitano del supporto ventilatorio. Lo scenario non è condizionato dall’arrivo fisico presso il *triage*, posto che, per evitare contagi, si è diffusa la prassi di monitorare “a distanza” la

buona» del 2017, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017*, n. 219, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss. L’importanza di garantire le cure palliative si è potuta apprezzare anche in relazione alla travagliata vicenda giudiziaria di Marco Cappato, relativa al suicidio assistito di Fabiano Antoniani (Dj Fabo). Sul punto specifico, ancora le osservazioni di S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2159 ss.

⁷ In proposito le “*Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*”, pubblicate dalla SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) il 6 marzo 2020.

⁸ Per utilizzare la terminologia adottata dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un recentissimo documento sull’argomento. Cfr. CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, in www.bioetica.governo.it, 9 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff.: Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d’Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino.

situazione dei pazienti con i sintomi dell'infezione (la c.d. «comunità dei pazienti»), «ospedalizzandoli» solo quando strettamente necessario e a seconda delle risorse disponibili⁹.

A fronte delle molteplici richieste, è rimasto, tuttavia, un solo supporto ventilatorio disponibile, del quale tutti i «nuovi» pazienti avrebbero immediata necessità. Gli operatori sanitari sono dunque chiamati a stabilire come impiegare l'unica risorsa a disposizione, negando inevitabilmente la terapia necessaria ai pazienti *non scelti*.

Il secondo scenario è simile – uno o più malati della «comunità» hanno bisogno di essere collegati con urgenza al respiratore –, ma non ve n'è nemmeno uno disponibile. In questo caso, assistere uno o più dei nuovi malati impone di «staccare» dal dispositivo pazienti già collegati, magari anziani o con poche *chances* di sopravvivenza.

Dall'esterno, l'impressione è che tali situazioni, laddove siano effettivamente emerse, siano state sin qui gestite secondo una logica di «*Rechtsfreier Raum*»¹⁰, una sorta di silenzioso «spazio libero dal diritto» nel quale l'attività e le scelte sono state regolate dal «buon senso» dei singoli operatori sanitari¹¹.

Ciò è stato peraltro ammesso dalla stessa SIAARTI – società scientifica di riferimento di anestesisti e rianimatori – nelle note di presentazione alle proprie raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e alla loro sospensione¹²: «siamo consapevoli che affrontare questo tema può essere moralmente ed emotivamente difficile e che come Società Scientifica avremmo potuto (tacendo) affidare tutto al *buon senso*, alla *sensibilità* e all'*esperienza* del singolo AR, oppure tentare, come abbiamo scelto di fare, di illuminarne il processo decisionale con questo piccolo supporto che potrebbe contribuire a ridurre l'ansia, lo stress e soprattutto il senso di solitudine.

⁹ Nel documento del CNB appena citato, la peculiarità del *triage* in condizioni di pandemia è stata riassunta come segue: «Rispetto al triage usuale, nel triage in emergenza pandemica si considerano diversamente i pazienti: in questo insieme sono inclusi, oltre a quelli che sono «fisicamente presenti», coloro che sono stati valutati e osservati da un punto di vista clinico, delle cui condizioni critiche si è già consapevoli. Infatti, in una situazione di emergenza come quella pandemica che ha investito il nostro territorio, ad aver bisogno di trattamenti sanitari salvavita non sono solo i pazienti fisicamente presenti nei locali del pronto soccorso ma anche quelli ricoverati e non ancora sottoposti al sostegno vitale della ventilazione assistita – dai supporti meno invasivi al trasferimento in terapia intensiva – così come i pazienti, già valutati clinicamente a domicilio, che si sono aggravati improvvisamente. Rispetto al triage in tempi normali, il triage in emergenza pandemica inserisce la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia della «comunità dei pazienti»».

¹⁰ Il tema dello «spazio libero» dal diritto è emerso periodicamente in relazione a tutte le principali vicende bioetiche degli ultimi anni, da «Welby» (v. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno «spazio libero dal diritto»*, in *Cass. Pen.*, 2007, 903 ss.) a «Cappato-Dj Fabo» (v. A. VALLINI, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, 208 ss.).

¹¹ In linea con quanto scritto dal filosofo Casati, secondo il quale «in questo preciso momento il mondo – tutto il pianeta – non è governato dalla classe politica né da giunte militari, ma dai *medici*» (Cfr. R. CASATI, *Quei dilemmi morali che toccano ai medici*, in *Il Sole 24 ore*, 19 aprile 2020, 9, citato da D. PULITANÒ, [Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale](#), in questa *Rivista*, 28 aprile, 1.

¹² V. «Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili», cit.

Oltre a rappresentare per il paziente una tutela in termini di limitazione dell'arbitrarietà delle scelte del team curante»¹³.

Tradizionalmente, simili frangenti sono stati affrontati dalla scienza penalistica all'interno del capitolo sui "conflitti di dovere" e lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*¹⁴; non a caso, l'esimente che più di ogni altra si avvicina all'idea di contesti liberi dall'intervento giuridico¹⁵.

In entrambi i casi, infatti, sul sanitario vengono drammaticamente a gravare più doveri, tassativi ma incompatibili: nel primo scenario, curare tutti i malati che hanno bisogno dello stesso ventilatore per sopravvivere; nel secondo caso, *salvare* i nuovi pazienti e *non uccidere* i pazienti già ricoverati e tenuti in vita dal supporto ventilatorio.

Con riguardo al caso del «*triage* in emergenza pandemica», va segnalato un recente e autorevole parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha elaborato alcune indicazioni di massima circa il criterio per orientare questa tragica scelta¹⁶.

Inizialmente, viene premesso che: «il Comitato ritiene che nell'allocazione delle risorse si debbano rispettare i principi di giustizia, equità e solidarietà, per offrire a tutte le persone eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito. E ritiene che sia doveroso mettere in atto *tutte le strategie possibili*, anche di carattere economico organizzativo, per far sì che sia garantita l'universalità delle cure».

Così come la SIAARTI, anche il Comitato Nazionale per la Bioetica con riguardo al caso del «*triage* pandemico», sebbene implicitamente, rifugge dal criterio «*first come, first served*». Del resto, le esaminate modalità di funzionamento del *triage* da Covid-19 rendono del tutto inattuabile questo modello: i pazienti non si presentano d'urgenza al pronto soccorso, ma vi si recano solo su indicazione degli stessi sanitari del *triage*. All'esito, dunque, della *scelta tragica*.

A differenza degli anestesisti-rianimatori, però, nel parere del Comitato viene poi proposto che a orientare il sanitario di fronte al dilemma «in una situazione, come quella attuale, di grave carenza di risorse» sia il *criterio clinico*, in quanto «il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime: ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'*età anagrafica*, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile».

La scelta non può dirsi in sintonia con le indicazioni della SIAARTI, che, al n. 3, prevedevano: «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente

¹³ V. Coronavirus. «Se l'emergenza continua costretti a selezionare l'accesso alla terapia intensiva per età e in base alla maggiore speranza di vita». Documento degli anestesisti-rianimatori, in *quotidianosanità.it*, 7 marzo 2020.

¹⁴ Riferimento obbligato in argomento è il lavoro monografico di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

¹⁵ Su questo aspetto, in particolare E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra impossibile ed inesigibile nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.

¹⁶ Cfr. CNB, Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del «*triage* in emergenza pandemica», cit. I corsivi contenuti nelle successive citazioni testuali sono di chi scrive.

a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone».

Il CNB chiarisce poi che «con *appropriatezza clinica* si intende la valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione». Sembra pertanto poter penetrare nel bilanciamento anche il tasso di decisività del ricovero in terapia intensiva, portando ad esempio a preferire un paziente con meno *chances* di sopravvivenza per il quale, tuttavia, l'accesso in terapia intensiva è strettamente vitale, rispetto ad un altro che ha buone possibilità anche senza il supporto ventilatorio.

Da questo punto di vista, un'altra nozione ampiamente valorizzata dal Comitato nel parere è quella di «*attualità*», anch'essa una bussola fondamentale per calibrare la condotta da adottare e che, per certi versi, può anche riecheggiare uno dei principali elementi dello stato di necessità: l'attualità, appunto, del pericolo.

Si tratta di argomentazioni assolutamente condivisibili, che si prestano ad essere meglio inquadrare nel contesto giuridico di riferimento rispetto a quelle della SIAARTI. Proiettandole su un piano penalistico, infatti, sembrerebbe potersi ritenere irrilevante la condotta del sanitario che si attenga ai criteri dell'*appropriatezza clinica* e della stretta *attualità* nella tragica scelta del paziente al quale garantire l'accesso in terapia intensiva¹⁷. Del resto, non è difficile cogliere l'*inesigibilità*, tanto oggettiva quanto soggettiva, di condotte alternative. Al contempo, come già precisato, il classico criterio della priorità di arrivo al pronto soccorso – che libererebbe il sanitario dalla questione dilemmatica – pare del tutto inadatto rispetto alle descritte modalità di funzionamento del «*triage* in emergenza pandemica», fondate anche sul costante monitoraggio «casalingo» dei pazienti.

Il secondo scenario possibile pare ancora più tragico, proprio perché, come segnalato, uno dei doveri confliggenti potrebbe consistere nel dovere di «*non uccidere*» i malati già tenuti in vita dal ventilatore.

È opportuno specificare che mentre il CNB non ha affrontato in maniera esplicita questa tematica, diversamente, i criteri di «giustizia distributiva e allocazione delle risorse» elaborati dalla SIAARTI sono da intendersi validi sia per l'ammissione ai trattamenti intensivi che per la loro «*sospensione*»¹⁸.

Con riguardo a questi frangenti, nella teorica del conflitto di doveri si è solitamente accordata prevalenza al divieto di uccidere, nella sua dimensione di

¹⁷ Potrebbe rimanere aperta la problematica di un possibile «eccesso colposo» qualora vengano valutati in modo non corretto i menzionati criteri. In argomento, rimane discutibile se possano trovare applicazione le eventuali restrizioni del grado della colpa affrontate nei paragrafi successivi. Sul punto si vedano anche le osservazioni di G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 4, 12, in particolare alla nota 31. Peraltro, l'Autore si dice favorevole ad un inquadramento del problema in termini di necessità, più che di adempimento del dovere ex art. 51 c.p., anche per logiche di possibile indennizzo del danno ex art. 2045 c.c., la norma civilistica che, come noto, fa dubitare della natura scriminante dello stato di necessità.

¹⁸ Come si deduce, tra le altre cose, anche dal titolo stesso del documento.

“*Abwehrrecht*”, rispetto al dovere “sociale” di soccorso¹⁹. La vita, in una prospettiva diversa ma che giunge alla medesima conclusione, sarebbe un bene che non può mai essere sottoposto ad un bilanciamento, nemmeno nell’ambito della “scriminante” più “amorale” o “immorale” dell’ordinamento, lo stato di necessità²⁰.

Tutto ciò è certamente condivisibile. In ogni caso, conviene pragmaticamente ammettere – se non la liceità, almeno – la non punibilità di talune condotte, da valutare però secondo gli stringenti requisiti dello stato di necessità e, segnatamente, dell’attualità del pericolo. In particolare, sembra doversi richiedere da un lato, l’immediato pericolo di vita del paziente che subentra nella fruizione del sostegno respiratorio, e dall’altro, la pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene “staccato” dal respiratore, di modo che la scelta non sia tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna²¹.

3. Da eroi a capri espiatori? L’instabile equilibrio della colpa professionale alla prova dell’emergenza.

Come accennato in sede introduttiva, l’emergenza pandemica ha senz’altro contribuito a rimettere in primo piano il dibattito circa il contenimento della sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari per condotte colpose.

La questione ha investito l’opinione pubblica a partire dalla fine di marzo, in seguito ad una lettera indirizzata dal Presidente FNOMCeO²², Filippo Anelli, al Consiglio Nazionale Forense, nella quale esprimeva preoccupazione per le iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati, candidatisi pubblicamente a rappresentare le famiglie delle vittime di Covid-19 denunciando in sede penale eventuali negligenze avvenute nel corso delle attività di prevenzione del contagio e/o di cura della malattia. In effetti, in concomitanza del divampare dell’epidemia e dei primi casi di decesso sono apparsi annunci pubblicitari in rete, interviste su quotidiani e persino *brochure* nelle bacheche di alcune strutture ospedaliere.

I principali organi istituzionali dell’avvocatura – dal Consiglio Nazionale Forense all’Unione Camere Penali Italiane – hanno assunto posizioni di grande durezza nei confronti degli iscritti autori di tali “bassezze” deontologiche, promettendo ripercussioni a livello disciplinare²³.

¹⁹ In questo senso, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 540 ss.

²⁰ Per una ricognizione su questa ed altre posizioni, nonché per i riferimenti bibliografici sul dibattito, sia consentito rinviare a G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica*, cit. 56 e 57.

²¹ Cfr.; G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica*, cit. 53 ss.

²² Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri. Il testo integrale della lettera è pubblicato su portale.fnomceo.it. Alla segnalazione della FNOMCeO ha fatto eco, a stretto giro di posta, anche l’accurato appello della FNOPI, Federazione nazionale degli ordini professioni infermieristiche, peraltro le categorie più colpite dal contagio (secondo alcune stime circa l’80% dei sanitari contagiati).

²³ Si vedano in proposito le esortazioni pubbliche del 2 aprile da parte del Consiglio Nazionale Forense agli organismi distrettuali a vigilare sulle predette condotte degli iscritti.

Tuttavia, è parso sin da subito ineludibile anche un ripensamento legislativo della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie in chiave fortemente limitativa.

In questa prospettiva, sembra del tutto singolare che ad essere sotto i riflettori per via dell'epidemia sia una questione penalistica "classica" come la responsabilità colposa dei professionisti sanitari, già oggetto di due riforme ancora recenti (2012 e 2017) e talmente dibattuta negli ultimi anni che non pare fuori luogo la nota metafora del "fiume di inchiostro"²⁴.

In fondo, il riproporsi del problema sembra proprio confermare, una volta di più, il radicale fallimento della disciplina penalistica approntata dalla legge n. 24/2017, nota come "Gelli-Bianco", che mirava a circoscrivere definitivamente il perimetro dell'illecito colposo in ambito sanitario, in vista di un cambio di paradigma dalla repressione alla prevenzione²⁵.

Proprio da una breve ricognizione dell'"esistente" conviene, allora, prendere le mosse prima di sviluppare alcune riflessioni sulle possibili soluzioni sul piano normativo.

4. Soluzioni *de iure condito*: la palese inadeguatezza dell'art. 590-sexies c.p. in un contesto di incertezza scientifica.

Nella disciplina attuale l'unico argine (diretto) alla responsabilità colposa degli esercenti le professioni sanitarie è costituito dal secondo comma dell'art. 590-sexies c.p.²⁶.

Tuttavia, come noto, l'ermetica formulazione della norma introdotta dalla riforma "Gelli-Bianco" è stata sin da subito foriera di «*alti dubbi interpretativi*» e la «*drammatica incompatibilità logica*» di alcuni passaggi testuali della nuova norma ha condotto, a soli nove mesi dalla sua entrata in vigore, ad un intervento delle Sezioni unite penali²⁷. È così che nel febbraio 2018 la sentenza "Mariotti" ha ridefinito i confini di applicabilità della nuova norma, stabilendo che l'esercente la professione sanitaria può essere chiamato a rispondere della morte o delle lesioni del paziente generalmente a titolo di colpa lieve; se, tuttavia, l'evento si è verificato per un'imperizia nell'esecuzione

²⁴ In un recente saggio sull'argomento (v. G.M. CALETTI, [Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2019, 1 ss.) si è provato a raccogliere buona parte della bibliografia in argomento dagli anni '70 ad oggi, ottenendo un risultato pressoché "monografico". La bibliografia, in fondo al saggio, occupa ben 13 pagine.

²⁵ Sull'incompatibilità tra i due modelli, O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "Disegno di Legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 386 ss.

²⁶ A norma del quale, nei casi di omicidio e lesioni personali colpose: «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

²⁷ Le espressioni richiamate nel testo sono della prima sentenza che si è occupata dell'esegesi della norma. Cfr. *Cass. pen., Sez. IV*, 20 aprile 2017, n. 28187, (rel. Blaiotta e Montagni, ric. Tarabori).

di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, allora, il sanitario è punibile solo per colpa grave, tenuto conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico²⁸.

Lo spettro applicativo della causa di non punibilità incentrata sul grado della colpa individuata dalla sentenza "Mariotti" è – come evidente – assai circoscritto²⁹.

Peraltro, il giudice di merito che voglia applicare il secondo comma dell'art. 590-sexies c.p. corre il pericolo di rimanere sopraffatto dalla molteplicità degli ostacoli interpretativi da superare³⁰. Vi è infatti anzitutto da distinguere tra l'errore di *adattamento* della linea guida allo specifico caso clinico e l'errore nella *scelta* di una linea guida in partenza *inadeguata* rispetto alla situazione affrontata, nel qual caso bisogna abbandonare l'"impresa" e valutare la sussistenza di una colpa lieve. La causa di non punibilità si estende, infatti, solo ad errori esecutivi, ma la distinzione appare quantomai labile³¹.

Successivamente, è necessario riscontrare l'accreditamento formale della linea guida applicata all'interno del catalogo del Sistema Nazionale per le Linee guida, che, però, risulta non ancora adeguatamente aggiornato.

Infine, il giudice deve domandarsi se l'errore esecutivo può essere riconducibile al *genus* dell'imperizia; per quest'operazione, tuttavia, non è dato fare affidamento su condivisi riferimenti interpretativi (v. anche *infra*, § 5).

Solo all'esito di queste "peripezie" ermeneutiche, il giudicante è chiamato a distinguere la gravità della colpa del sanitario che ha isolato nei tre precedenti farraginosi passaggi.

Come è già stato osservato da attenta dottrina, dunque, la disciplina introdotta dalla legge "Gelli-Bianco" pare tutt'altro che adatta a fronte delle specificità dell'emergenza sanitaria da Covid-19³².

Non foss'altro perché l'operatività della causa di non punibilità è *sempre* condizionata al rispetto di linee guida accreditate, quando, invece, la diffusione di una infezione nuova, e in larga misura ancora sconosciuta, non può che riverberarsi in una

²⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474 (rel. Vessichelli, ric. Mariotti), in *Riv. it. med. leg.*, 2018, con nota di M. CAPUTO, 345 ss.; nonché in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018, con commento di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, 25 ss.

²⁹ Peraltro, l'apprezzabile sforzo ermeneutico delle Sezioni unite non ha fatto "evaporare" alcune criticità interpretative che, fin dai primi commenti, la dottrina aveva segnalato affliggere l'art. 590-sexies c.p.; ed anzi, sotto alcuni profili, ha contribuito ad incrementare le probabilità di possibili disorientamenti. Per tutti, C. CUPELLI, *L'anamorfosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1969 ss.; G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., 19 ss.

³⁰ Tanto che sino ad oggi si registra un solo caso di applicazione da parte del Tribunale di Parma. V. M.L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co.2, c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019.

³¹ Per un approfondimento di questa labile distinzione tra errore esecutivo nel rispetto della linea guida ed errore nella scelta della stessa, G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., 22 ss.

³² In questo senso, con la consueta chiarezza, già C. CUPELLI, [Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari](#), in questa *Rivista*, 30 marzo 2020.

fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate³³. Da quanto è dato sapere, la cura del Covid-19 avviene interamente “*off label*”, ovvero attraverso l’impiego “fuori etichetta” di farmaci pensati per altre patologie, nella speranza che abbiano un effetto antivirale utile a debellare la nuova infezione polmonare.

Si tratta, in sostanza, di uno scenario che non può *mai* essere attinto dalla disciplina introdotta nel 2017.

A dire il vero, l’SNLG ha attivato sul proprio sito, nella sezione “*buone pratiche*”, una pagina relativa al *Corona Virus Disease*³⁴, nella quale, premesso che «la rassegna è in costante aggiornamento», sono raccolti i «documenti più attendibili sull’emergenza sanitaria». In linea teorica, l’art. 590-*sexies* c.p. ammette che, in assenza di linee guida accreditate, l’osservanza di “buone pratiche” possa costituire presupposto per l’applicazione della causa di non punibilità. Ciò nonostante, la strada dell’applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p. continua a sembrare decisamente in salita: il linguaggio della pagina *web* dell’SNLG denota tutta l’incertezza dell’attuale quadro scientifico, che imporrebbe al processo penale di “inseguire il susseguirsi” – e magari il contraddirsi – delle diverse indicazioni scientifiche avvicendatesi nel tempo.

Ad ogni modo, più in generale, il complesso *iter* interpretativo al quale viene “condannato” il giudice per giungere all’applicazione dell’art. 590-*sexies* c.p. appare evidentemente incompatibile con la portata dell’emergenza pandemica in corso.

Inoltre, sembra il caso di sottolineare che la norma introdotta nel 2017 fa esclusivo riferimento alle fattispecie di lesioni ed omicidio colposo, mentre dalla cronaca si apprende dell’avvio di procedimenti penali per il reato di epidemia colposa di cui al combinato disposto degli artt. 438 e 452 c.p.³⁵.

5. (segue): verso un’estensione dell’art. 2236 c.c. ai casi dell’emergenza? Potenzialità e incognite.

Ad uno sguardo più approfondito, tuttavia, il “diritto vivente” offrirebbe uno strumento più efficace dell’art. 590-*sexies* c.p. per contenere le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie alle prese con la cura del “*virus*”. Si tratta dell’art. 2236 del codice civile, a norma del quale il prestatore d’opera, qualora si trovi ad affrontare problemi di speciale difficoltà, risponde dei danni cagionati solo per dolo o *colpa grave*.

Come noto, la disposizione civilistica è stata utilizzata per lungo tempo – all’incirca fino agli inizi degli anni ’80 – dalla giurisprudenza penale per giustificare sentenze di proscioglimento nei confronti dei sanitari che non si fossero resi responsabili di violazioni cautelari grossolane e macroscopiche. Gradualmente poi, in coincidenza con l’affermarsi di un nuovo e diverso paradigma come quello dell’“alleanza

³³ Non a caso, la prima individuazione del *virus* nel focolaio lombardo è avvenuta trasgredendo le linee guida. V. *Coronavirus, l’anestesista di Codogno che ha intuito la diagnosi di Mattia: “Ho pensato all’impossibile”*, in www.larepubblica.it, 6 marzo 2020.

³⁴ V. www.snlgi.it

³⁵ Ad es. *Sassari, si indaga per epidemia colposa*, su www.ansa.it, 24 marzo 2020.

terapeutica”, l’art. 2236 c.c. è stato abbandonato dai giudici penali, con il conseguente scivolamento verso la punibilità “a tappeto” della colpa lieve, tra le cause all’origine della ancora attuale sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari³⁶.

Va tuttavia segnalato che, recentemente, un coraggioso orientamento della quarta Sezione della Cassazione ha provato a rilanciare l’art. 2236 c.c. nei giudizi penali per *medical malpractice*, giustificando il rinnovato richiamo alla disposizione civilistica sulla base di una “regola di esperienza” e non per via di una applicazione diretta³⁷. La rinascita dell’art. 2236 c.c. ha tratto nuova linfa anche dalle poco convincenti riforme approvate dal legislatore: la norma è stata infatti individuata dalle principali pronunce degli ultimi anni – “Tarabori” e “Mariotti” – e dalla dottrina come l’alternativa per proseguire nella tanto attesa depenalizzazione degli errori medici ed estendere il salvifico criterio della colpa grave oltre gli angusti pertugi dell’art. 590-*sexies* c.p.³⁸.

Per certi versi, i presupposti applicativi dell’art. 2236 c.c. sembrano adattarsi bene alla situazione emergenziale creatasi, specie con riguardo alla particolare difficoltà della prestazione. Come si era auspicato altrove³⁹, infatti, le Sezioni unite nel 2017 hanno riconosciuto come il coefficiente di difficoltà di una prestazione medica, per quanto apparentemente semplice “sulla carta”, possa aumentare in forza di fattori organizzativi o della presenza di situazioni emergenziali, legittimando dunque il ricorso alla “regola di esperienza” di cui all’art. 2236 c.c. Nella sentenza “Mariotti” ci si riferisce a tale norma come ad «un precetto che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l’attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla *mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili*»⁴⁰; parole, specie queste ultime evidenziate in corsivo, che sembrano pensate per descrivere la situazione attuale.

In questa prospettiva, il contesto nel quale il sanitario è chiamato ad operare avrebbe una doppia valenza: da una parte, rendendo i problemi da affrontare di “speciale difficoltà”, giustificerebbe l’utilizzo di un criterio di imputazione più favorevole come quello della colpa grave *ex art.* 2236 c.c.; dall’altra parte, potrebbe essere valorizzato, proprio nel giudizio sul grado della colpa, per escludere la rimproverabilità a livello *soggettivo* di una condotta *oggettivamente* colposa maturata in ambito emergenziale⁴¹.

³⁶ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., 3 ss.

³⁷ L’ideatore e principale sostenitore di questo filone giurisprudenziale è il magistrato di Cassazione Dott. Rocco Blaiotta, già Presidente della quarta Sezione. Si veda, ad esempio, Cass. Pen., Sez. IV, 1/2/2012, n. 4391 (Imp. D.L.M., Rel. Blaiotta), in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1104 ss.

³⁸ In dottrina, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017. Si veda anche la posizione emersa in seno all’Associazione italiana professori di diritto penale e riassunta in M. CAPUTO, D. PULITANÒ, S. SEMINARA, *La responsabilità per colpa degli esercenti la professione sanitaria*, in *www.aipdp.it*

³⁹ Cfr. G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, *Dir. pen. proc.*, 2017, 1377: «Si ritiene, inoltre, che a rendere il caso di “speciale difficoltà” potrebbero concorrere anche le condizioni ambientali” nelle quali il sanitario ha operato: può ben darsi, ad esempio, che un intervento del tutto *routinario* risulti complesso in forza della particolare urgenza con cui viene svolto o, caso più frequente di quanto non si creda, in ragione di carenze organizzative o strutturali».

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit., § 10.1. Corsivo di chi scrive.

⁴¹ Sulla c.d. misura soggettiva della colpa, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

La norma, peraltro, offrirebbe una protezione anche a tutti i sanitari che, per ragioni organizzative, si sono trovati ad operare al di fuori del proprio specifico ambito di competenza o senza averne l'esperienza necessaria. Quasi alla stregua di una declinazione della *Good Samaritan Law* di matrice anglosassone.

De iure condito, pertanto, l'art. 2236 c.c. potrebbe costituire una soluzione indispensabile per limitare eventuali responsabilità penali collegate alla pandemia, soprattutto nel caso in cui il legislatore finisse per non approvare una normativa *ad hoc*, o se il perimetro della stessa risultasse, ancora una volta, troppo circoscritto.

Nondimeno, sembra opportuno sottolineare talune incognite.

In primo luogo, va specificato che, a discapito delle sempre più esplicite prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità, sono ancora rare le occasioni nelle quali l'art. 2236 c.c. fa breccia nelle motivazioni delle sentenze di merito per escludere la punibilità. La riaffermazione della norma civilistica è stata sin qui rallentata anche dalla sua scarsa penetrazione tra le argomentazioni difensive. Leggendo le sentenze della Corte, infatti, ci si accorge di come i difensori, piuttosto che appellarsi all'art. 2236 c.c., preferiscano invocare l'applicazione delle nuove riforme, spesso anche in casi nei quali non solo difettano con evidenza i requisiti, ma in cui ad essere contestata è una violazione cautelare basata proprio sull'inosservanza delle linee guida (primo presupposto di entrambe le riforme).

Rimane quindi, ad esempio, incerto se anche per la rinnovata applicazione dell'art. 2236 c.c. la violazione cautelare debba assumere i sulfurei connotati dell'imperizia. Naturalmente, a differenza dell'art. 590-*sexies* c.p., l'art. 2236 c.c. nulla prevede sul punto. Tuttavia, l'associazione "colpa grave-imperizia" riemersa, dapprima per via giurisprudenziale con il decreto "Balduzzi", poi per espressa previsione normativa con la legge "Gelli-Bianco", costituisce il retaggio di una pronuncia della Corte Costituzionale, che, nel 1973, aveva ritenuto ammissibile l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla colpa medica, ma solo nei casi di imperizia⁴².

Non è questa l'occasione per ripercorrere il dibattito sorto attorno alla nozione di imperizia, categoria da tempo in disuso nella scienza penalistica⁴³. Occorre però far luce su quello che potrebbe essere il prevedibile effetto di una riproposizione della lettura differenziata delle forme di colpa dell'art. 43 c.p. anche in relazione all'art. 2236 c.c. nel contesto dell'epidemia da Covid-19. Mai come in questo momento, sembra plausibile ipotizzare casi di colpa determinati non tanto da errori nel trattamento della malattia, quanto da stanchezza, fatica, *stress* e urgenza dovuti alle contingenze (ad es. una dimenticanza, una prescrizione affrettata, un controllo superficiale e così via). Ebbene, ove venisse confermato il metro sin qui fatto proprio dalla giurisprudenza, tutte queste

⁴² Per un maggiore approfondimento di tali passaggi, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 213 ss.

⁴³ In argomento, *ex multis*, A. MASSARO, *L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *AP*, 2017, 1 ss. Per una lettura sterilizzante dell'imperizia come "negligenza ed imprudenza qualificate", G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 4, 25 ss.

ipotesi verrebbero classificate in termini di negligenza o imprudenza, con conseguente inapplicabilità del regime di responsabilità di favore.

Sotto tutt'altro profilo, poi, non va tralasciato il valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" *ad hoc* invocato espressamente dai professionisti sanitari, rispetto ad una "silenziosa" – e, allo stato, ancora incerta – valorizzazione di un orientamento giurisprudenziale⁴⁴. Da questo punto di vista, è evidente come una risposta sul piano legislativo avrebbe ben altro impatto sulla potenziale «medicina difensiva dell'emergenza», tranquillizzando i sanitari circa la loro futura "incolumità" giudiziaria⁴⁵. Senza considerare, poi, la diversa efficacia "deterrente" dispiegata dalle due diverse impostazioni in relazione all'apertura di indagini: è chiaro che una nuova normativa avrebbe la capacità di prevenire non solo condanne e processi, comunque improbabili, ma anche la stessa presentazione di denunce, perlomeno nella maggior parte dei casi⁴⁶.

6. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità. I possibili scenari a livello normativo.

Occorre, allora, prendere in considerazione le proposte sin qui avanzate, con la premessa che, non essendo semplice ricostruire la "pioggia" di emendamenti riversatasi sul decreto "Cura Italia"⁴⁷, sin qui sede del dibattito politico in argomento, conviene ragionare più per direttrici e tematiche generali.

Per prima cosa, pare di poter rilevare come lo stile compilativo degli emendamenti sia particolarmente macchinoso. In quasi tutti i casi, all'interno degli stessi commi vengono intrecciate problematiche differenti – responsabilità penali e civili, eccezioni all'obbligo di rivalsa, responsabilità dei professionisti e delle strutture, ecc. – dando vita, ancora una volta, a testi di legge di non semplice lettura. Da questo punto di vista, gli insuccessi delle riforme "Balduzzi" e "Gelli-Bianco", anche a confronto con la rinascita dell'art. 2236 c.c., norma caratterizzata da un testo conciso ma efficace, dovrebbero invece aver lasciato maggiore consapevolezza della necessità di testi di legge non troppo articolati.

Un primo punto da mettere a fuoco sembra relativo all'estensione temporale del regime di favore cui si intende dar vita. Non sembra da scartare a priori, infatti, l'ipotesi

⁴⁴ Va segnalata in questo senso anche la presa di posizione contenuta nel parere del CNB già menzionato. In proposito il Comitato ha riconosciuto il rischio di una «proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica e ritiene che vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19».

⁴⁵ Cfr. C. CUPELLI, [Emergenza COVID-19](#), cit. Non ravvede la necessità di una norma *ad hoc*, ma ritiene sufficiente richiamarsi ai principi generali, R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive](#), in questa Rivista, 24 aprile, 12 e 13.

⁴⁶ In argomento anche le considerazioni di G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche"*, cit., 14 ss.

⁴⁷ Disegno di legge AS 1766: conversione in legge del decreto 17 marzo 2020, n. 18.

di una norma che resti in vigore anche una volta cessata l'emergenza: si tratterebbe, in definitiva, di dare finalmente attuazione al disegno complessivo della legge "Gelli-Bianco", per ora naufragato per via di un'*imperizia* compilativa. Come prevedibile, invece, gli emendamenti si sono concentrati su una norma che abbia efficacia soltanto per il periodo dell'emergenza. In questa prospettiva, tuttavia, potrebbe essere opportuno redigere un testo di legge che non sia troppo aderente alle peculiarità della situazione contingente, ma che possa anche costituire un punto di partenza per il futuro ripensamento della responsabilità colposa in ambito sanitario⁴⁸.

Circoscrivere la disciplina al periodo dell'emergenza, del resto, non appare nemmeno così semplice. Ne è la prova il fatto che gli emendamenti indicano come momento iniziale della fase d'emergenza provvedimenti diversi del Consiglio dei Ministri⁴⁹. Allo stesso tempo, non sarà probabilmente nemmeno agevole individuare la fine dell'emergenza se è vero, come ormai sembra chiaro, che con l'epidemia bisognerà fare i conti ancora a lungo e la condizione emergenziale cesserà in modo graduale.

L'estensione oggettiva e soggettiva dello statuto di responsabilità differenziato presenta diversi aspetti controversi. Tra le proposte è balenata anche quella di un'esenzione *tout court* da responsabilità penali, una sorta di "amnistia" generalizzata per tutte le condotte realizzate in relazione al Covid-19⁵⁰. Questa soluzione, che appare inopportuna per diverse ragioni, è stata osteggiata anche dagli stessi professionisti sanitari⁵¹, principalmente poiché avrebbe offerto uno "scudo" inscalfibile anche alle figure dirigenziali, esteso persino ai casi in cui una loro colpa organizzativa ha determinato il contagio o la morte degli stessi operatori. Insomma, in questa prospettiva, dietro alla retorica "degli eroi" si cela una moratoria di responsabilità "politico-organizzative"⁵².

Peraltro, oltre ad equiparare medici e area manageriale, la proposta di una protezione totale da responsabilità colpose mette sullo stesso piano diverse realtà del Paese, garantendo l'immunità anche a possibili condotte gravemente colpose eventualmente maturate in contesti appena sfiorati dal "*virus*": uno scenario che pare eccessivo.

Nessuno degli emendamenti chiarisce se la limitazione della responsabilità penale si riferisca esclusivamente ai sanitari che hanno direttamente avuto a che fare con il Covid-19 o possa estendersi anche a prestazioni mediche di altro genere. Non va trascurato, infatti, che molte strutture hanno completamente riorganizzato anche altri reparti, per fare spazio ai malati della pandemia o trasferendo parte del personale per impiegarlo per fronteggiare l'emergenza. È evidente come questi riassetti potrebbero

⁴⁸ In questo senso già C. CUPELLI, [Emergenza COVID-19](#), cit.

⁴⁹ L'emendamento del Sen. Marcucci (1.0.4.), ad esempio, indica la delibera del 31 gennaio, mentre l'emendamento a firma del Sen. Mallegni (13.2) fa riferimento alla delibera del 23 febbraio.

⁵⁰ In questa direzione ad esempio l'emendamento a firma del Sen. Salvini (1.1.).

⁵¹ V. ad esempio, *La beffa dello scudo ai medici che protegge i loro "capi" dalle cause per i ritardi sul virus*, [www.ilsole24ore.com](#), 4 aprile 2020.

⁵² In proposito v. anche le riflessioni di R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive](#), cit. 13, che pur ritenendo non necessario lo "scudo", sottolinea che esso sarebbe ancor meno plausibile per i vertici amministrativi e politici.

aver influito anche sulla qualità dell'assistenza prestata ad altri malati per altre patologie e potrebbero talvolta giustificare un trattamento simile a quello riservato ai sanitari direttamente impegnati con l'epidemia.

Alla luce di tutti questi interrogativi, la soluzione che pare più ragionevole è quella, già espressa in dottrina⁵³, di prevedere una generalizzata limitazione della responsabilità penale alla colpa grave, non circoscritta alla sola imperizia ma estesa a negligenza ed imprudenza, e arricchita di una definizione che imponga di tenere conto, nella valutazione del grado della colpa, dei fattori organizzativo-contestuali⁵⁴ (il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio emergenziale, l'eventuale eterogeneità della prestazione rispetto alla specializzazione del singolo operatore, il livello di pressione e/o urgenza, anche in relazione alla diffusione della pandemia nella specifica area geografica)⁵⁵.

La selezione del grado della colpa penalmente rilevante è un collaudato strumento, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari⁵⁶. Allo stesso tempo, però, non lascia completamente sprovvista di tutela penale la vita e la salute dei pazienti, come invece accade nel sistema "*no fault*", peraltro in via di dismissione nei principali ordinamenti anglo-americani che lo avevano adottato⁵⁷.

Più complesso appare invece annettere nella definizione un riferimento a linee guida o prassi consolidate relative alla gestione dell'epidemia (v. anche *supra*, § 4), come è stato invece proposto⁵⁸. Oltre ai noti problemi "epistemologici" dell'utilizzo delle linee guida nei giudizi penali, che sono alla base del fallimento acclarato delle riforme del 2012 e del 2017⁵⁹, il loro impiego ne solleverebbe di nuovi: a quali raccomandazioni affidarsi (solo quelle del sito SNLG o anche quelle, per ipotesi, elaborate dalle singole strutture)? che fare qualora si verifici un rapido avvicendamento tra più testi in continuo aggiornamento?

Lo stato di incertezza scientifica, come si è visto, è tale per cui pare fuori luogo fare riferimento a linee guida nel testo di legge. Peraltro, in un momento di ricerca di soluzioni nuove e originali, l'invito a rifugiarsi nel poco esistente sembra ancor meno opportuno.

⁵³ C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.

⁵⁴ L'idea di una valorizzazione del fattore organizzativo all'interno della definizione di colpa grave era stata già prospettata nel progetto del "Centro Studi Federico Stella". Cfr. G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.

⁵⁵ L'emendamento che sembra maggiormente avvicinarsi a questa impostazione è quello a firma della Sen. Bernini (13.2). Per certi versi, seppure con le specificazioni che seguono nel testo, anche quello del Sen. Marcucci (1.0.4.).

⁵⁶ Cfr. G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., 26 ss.

⁵⁷ C. SCORRETTI, *Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana*, in G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017, 23 ss.

⁵⁸ V. emendamento del Sen. Marcucci (1.0.4.).

⁵⁹ Per osservazioni in merito, I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, in G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida*, cit., 103 ss.

Diversamente, linee guida o altri testi codificati potrebbero essere valorizzati in chiave accusatoria – quindi, senza trovare alcun accesso nella normativa – per ravvisare una grave colpa nella condotta di chi, in sfregio ai protocolli per prevenire la diffusione del *virus*, sui quali, in effetti, parrebbe esservi maggiore consenso dopo diversi mesi di epidemia, abbia cagionato il contagio di una o più persone⁶⁰.

7. Riflessi sul lungo periodo: verso la “scoperta” di una colpa “organizzativa” in ambito sanitario?

La portata della pandemia ha messo sotto grande pressione i professionisti sanitari. Ha imposto loro scelte drammatiche, li ha costretti a lavorare interamente “*off label*”, secondo moduli organizzativi emergenziali e con scarse risorse a disposizione.

Come si è esaminato, tuttavia, anche a prescindere da uno specifico intervento normativo, comunque auspicabile, l’ordinamento ha gli strumenti per limitarne le responsabilità sul piano penale.

Tante delle problematiche sollevate dall’emergenza Covid-19 – dalla scarsità di risorse che conduce a fare scelte “tragiche” all’assenza di protocolli emergenziali; dal diffuso contagio nelle RSA⁶¹ alle misure di ristrutturazione momentanea dei normali reparti – coinvolgono aspetti e responsabilità “organizzative” che esulano dalle competenze dei singoli sanitari.

In altre parole, l’emergenza pandemica ha evidenziato in modo ancor più nitido il legame che intercorre tra eventi infausti e moduli organizzativi.

Il tema diviene centrale anche in previsione di possibili nuove “ondate” pandemiche; scenario che viene ormai ipotizzato sino alla scoperta di un vaccino. La responsabilità “*manageriale*” in ambito medico è una tematica su cui la dottrina penalistica si interroga ormai da tempo, sia in chiave deresponsabilizzante per il sanitario che nella prospettiva di edificare – nel rispetto del principio di colpevolezza – nuove forme di colpa in capo ai dirigenti, senza che però vi siano effettivi riscontri nella prassi.

L’impressione è che la pandemia costituirà l’occasione perché la questione passi da “*law in the books*” a “*law in action*”.

⁶⁰ In questa prospettiva, peraltro, si concorda con chi estenderebbe il criterio di imputazione della colpa grave anche alla fattispecie di epidemia colposa. C. CUPELLI, [Emergenza COVID-19](#), cit.

⁶¹ Sulle indagini avviate da diverse procure in relazione alla diffusione del “*virus*” nelle RSA, e in particolare sui correlati rischi “panpenalistici”, le considerazioni di D. PULITANO, [Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale](#), cit., 8, che nota peraltro come sia stato proprio il caso delle RSA ad alterare un clima generale unanimemente orientato a riconoscere l’esenzione da responsabilità ai professionisti sanitari. Anche F. PALAZZO, [Pandemia e responsabilità colposa](#), cit., suggerisce prudenza nell’indagare a livello penale eventuali responsabilità; mentre R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive](#), cit., 13, sottolinea il rischio che la questione venga strumentalizzata in chiave politica, risolvendosi in uno scontro tra schieramenti opposti.