

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7/2020

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.

LA RESPONSABILITÀ COLPOSA MEDICA E ORGANIZZATIVA AL TEMPO DEL CORONAVIRUS

*Fra la “trincea” del personale sanitario
e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi (*)*

di Roberto Bartoli

L'Autore analizza le problematiche della responsabilità colposa medica e organizzativa nel contesto della pandemia da coronavirus rilevando come, in contesti emergenziali e in presenza di notevoli difficoltà probatorie sul piano dell'accertamento della causalità, se, da un lato, vi sono margini per escludere le responsabilità del personale medico-sanitario, dall'altro lato, vi sono margini per indagare eventuali responsabilità dei vertici-politico amministrativi.

SOMMARIO: 1. Emergenza colposa, rischi di capro espiatorio e colpa generica. – 2. Cinque considerazioni a carattere generale. – 2.1. I delitti che vengono in gioco e la problematica configurazione dell'epidemia colposa. – 2.2. Causalità. – 2.3. Rischio. – 2.4. Colpa specifica e colpa generica. – 2.5. L'emergenza tra panpenalismo e pannormativismo. – 3. Le responsabilità per le morti dei pazienti. – 3.1. Le responsabilità del personale sanitario. – 3.1.1. Emergenza covid come rischio normale. – 3.1.2. Emergenza covid come rischio emergenziale/eccezionale. – 3.1.3. La questione delle discipline *ad hoc* e del c.d. scudo. – 3.2. La responsabilità dei vertici amministrativi e politici. – 3.2.1. Le responsabilità dei vertici nei contesti di normalità. – 3.2.2. Le responsabilità dei vertici nei contesti emergenziali. – 3.2.3. La questione dello scudo dei vertici politico-amministrativi. – 4. Le responsabilità per le morti del personale sanitario. – 4.1. Una problematica inedita concernente i vertici: l'intreccio tra responsabilità per la morte dei pazienti e responsabilità per la morte del personale sanitario. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Emergenza colposa, rischi di capro espiatorio e colpa generica.

Il tema assegnatomi fa tremare i polsi, per l'estrema delicatezza e la notevole complessità. Per delicatezza, anzitutto in ragione dell'immane tragedia e del dolore generati da questa pandemia: ad oggi, 27 giugno 2020, giorno in cui licenzio questo lavoro, si registrano in totale 240.436 contagiati, di cui 29.282 operatori sanitari e 34.744 decessi, di cui 171 medici. Se non ritengo calzante il paragone generale e generico della

(*) Il contributo riproduce il testo dell'intervento svolto nel webinar *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, organizzato da DiPLaP e tenutosi il 29 aprile 2020, ed è destinato al volume *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, DiPLaP Editor, che raccoglierà gli Atti di tale webinar. Si ringrazia la Direzione di DiPLaP Editor per aver acconsentito alla pubblicazione in questa *Rivista*.

pandemia da covid a una situazione di guerra, tuttavia sono convinto che molti operatori appartenenti al personale medico, alla fin fine prime autentiche vittime di questa vicenda, si siano trovati ad operare in una situazione analoga a quella in cui hanno operato – e purtroppo a volte operano tutt’ora – altri loro colleghi in situazioni di vera e propria guerra.

Ma delicatezza anche per le problematiche che si pongono nella individuazione di eventuali responsabilità per le morti che si sono verificate. Com’è noto, i rischi di strumentalizzazione, che si possono addirittura concretizzare nella punizione di un soggetto innocente, di un vero e proprio capro espiatorio, sono insiti nelle logiche repressive e questi rischi mutano, direi non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente, a seconda dei diversi contesti in cui il diritto penale si trova ad operare.

In termini meramente tendenziali, ma comunque significativi, si può osservare come in presenza di fatti dolosi si vada a imporre una logica vendicativa che se, da un lato, spinge verso l’eccesso punitivo, dall’altro lato, però, proprio in quanto logica vendicativa, si salda comunque a un’istanza personalistica di “corretta” individuazione del responsabile: vendetta (legge del taglione) e poi retribuzione portano in sé strutturalmente una certa tensione personalistica. Al netto di esigenze repressive statali o comunque collettive che possono portare anche alla punizione di innocenti, secondo una logica che potremmo definire più di “faida” che di vendetta.

Diversamente, è in presenza di fatti colposi che l’eccesso punitivo tende a sfociare nella ricerca di un capro espiatorio, come del resto è dimostrato da tutta una serie di vicende recenti che vanno dalla responsabilità del datore di lavoro per l’utilizzo di sostanze pericolose (si pensi ai processi per amianto) a vari incidenti/disastri che si sono verificati negli ultimi anni (si pensi al caso Thyssenkrupp, al disastro di Viareggio e al terremoto dell’Aquila). Se ciò può apparire paradossale, tuttavia trova una ragione nella componente di inspiegabilità fisiologicamente insita nelle dinamiche colpose, nonché nella paura derivante dall’ignoto e dalla perdita di controllo sulle vicende umane¹. Se poi alla inspiegabilità degli accadimenti si aggiunge la sensazione di smarrimento e incertezza determinati dall’emergenza, la ricerca di capri espiatori risulta funzionale proprio a una sorta di ripristino quantomeno simbolico del dominio sugli accadimenti.

Ebbene, se tutto questo è in linea di tendenza vero, non c’è da meravigliarsi più di tanto se in questa tragedia del coronavirus in cui l’emergenza da pandemia si è combinata con la natura colposa delle eventuali responsabilità possano riaffiorare le arcaiche origini del punitivo in chiave addirittura sacrificale, dove l’attribuzione di una responsabilità è legata non tanto al coinvolgimento personalistico per un fatto commesso, ma direttamente alla applicazione/esecuzione della punizione (della violenza), al fine di placare la profonda inquietudine derivante dalla violenza sprigionata dalla natura, con ciò ribadendo un ordine e un dominio, riconducendo all’“umano” e dando la sensazione di colmare le lacune conoscitive: insomma, in questa

¹ Sul tema, F. PALAZZO, [Pandemia e responsabilità colposa](#), in questa *Rivista*, 26 aprile 2020, p. 1 ss.; G. FORTI, [Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia](#), in *Diritto penale e uomo*, 16.06.2020, p. 1 ss.

prospettiva connaturata al punitivo, essere responsabili non è la causa della punizione, ma il mero effetto della sua applicazione.

E un episodio paradigmatico di questo modo di ragionare, l'abbiamo avuto con riferimento ai *runners*, che sono stati considerati come una sorta di moderni untori. Mentre la pandemia dilagava all'interno di ospedali ed RSA, per giorni il tema di telegiornali e *talk show* (ma anche purtroppo di qualche ordinanza) è stato quello di chi in solitudine nei parchi si dedicava alla corsa. Alla fin fine, nulla di nuovo, se si pensa a quanto scritto da Alessandro Manzoni nella *Storia di una colonna infame*.

Ma il tema assegnatomi fa tremare i polsi anche per la sua complessità, in quanto sul piano "tecnico-giuridico" siamo nel regno della colpa. E la colpa, come si sa, è tema davvero complesso, non solo perché esistono nella sostanza due tipi di colpa, quella generica e quella specifica; non solo perché colpa generica e colpa specifica tendono a intrecciarsi continuamente; ma anche perché alla fin fine la colpa è fortemente attratta da quella generica, sia nelle situazioni di normalità, a maggior ragione in contesti in cui lo stesso rischio risulta oscuro perché nella sostanza inedito.

In particolare, colpa specifica e colpa generica si possono considerare due forme di colpa a volte addirittura strutturalmente diverse: si pensi all'utilizzo del principio di precauzione nella formulazione delle regole cautelari, plausibile in presenza di regole cautelari scritte, disfunzionale rispetto a regole cautelari non scritte proprio in virtù della mancanza di conoscenze esplicative certe; oppure si pensi alla misura soggettiva della colpa, per cui mentre nella colpa generica è sufficiente la conoscenza/conoscibilità della situazione di pericolo per potersi parlare anche di una conoscenza/conoscibilità della regola cautelare, nella colpa specifica la conoscenza/conoscibilità della situazione di rischio non è detto che sia sufficiente a far conoscere la regola scritta, con la conseguenza che nonostante il rispetto della regola cautelare scritta può residuare un dovere di ulteriore informazione giuridica.

Inoltre, il tema della colpa è complesso anche perché colpa specifica e colpa generica si intrecciano costantemente in tutti i settori in cui la colpa viene in gioco. Anzi, potremmo dire che più si tende a prevedere regole cautelari scritte, più si porranno problemi di colpa generica: sia perché, nonostante il rispetto di regole cautelari scritte, a causa del mutamento della situazione del rischio determinato dalla presenza di particolari circostanze concrete, residua spesso una colpa generica (la violazione di regole cautelari scritte); sia perché più si positivizzano regole comportamentali, più si individua una situazione di rischio rispetto alla quale non si potranno che porre problemi di colpa e quindi anche di colpa generica.

Insomma, si ha voglia a richiedere una delimitazione della responsabilità colposa attraverso la positivizzazione delle regole cautelari: la realtà dei fatti normativi colposi – se così si può dire – è ben diversa, per cui la colpa specifica si trascina sempre dietro di sé come un'ombra la colpa generica. Con la conseguenza che, più che concentrarsi sul modo di delimitare la colpa generica valorizzando le regole cautelari scritte destinate poi ad essere contraddette dalla mutevole realtà, la riflessione deve spostarsi su come gestire la colpa generica, in termini di razionalità e quindi di controllabilità. Non solo, ma in termini più generali e di sistema, e tuttavia contrariamente a quanto avviene nella

realtà, lo stesso legislatore dovrebbe contenere la propria bulimia normativa e disciplinatoria.

Se a tutto questo si aggiunge che si possono determinare situazioni in cui il rischio si presenta ignoto, situazioni derivanti dallo stesso sviluppo tecnologico e dal progresso scientifico, come anche dalla comparsa di patologie prima sconosciute, non c'è da meravigliarsi se la colpa alla fin fine è soprattutto un problema di colpa generica.

Senza considerare gli effetti, che possono essere devastanti e perversi, del principio di precauzione, soprattutto se, nonostante le conoscenze scientifiche esplicative, si qualifica come ignoto ciò che è frutto di una prognosi di rischio (ogni prognosi di rischio ha in sé una componente ignota) oppure se, pur in assenza di conoscenze scientifiche esplicative, si prescinde da una minima traccia di pericolosità ricavata da evidenze epidemiologiche, con la conseguenza che si ragiona in termini precauzionali al solo fine di interdire totalmente l'esercizio di determinate attività. Insomma, il principio di precauzione, destinato a incrementare ulteriormente le situazioni di rischio (ancor di più se l'ignoto è dilatato fino a coincidere con ciò che non si può totalmente controllare), nell'impossibilità di offrire regole cautelari predeterminate spinge inevitabilmente verso un'unica regola cautelare scritta, vale a dire il blocco della attività ("state a casa"), ponendo così fine alla colpa generica, ma anche al regolare svolgimento delle attività.

2. Cinque considerazioni a carattere generale.

Entrando subito in *medias res*, nell'affrontare il tema della responsabilità colposa in ambito medico e organizzativo al tempo del coronavirus il ragionamento può essere impostato secondo due prospettive.

Da un lato, ci si può basare sulla tipologia di vittima, per cui si distingue tra la responsabilità per la morte del paziente e la responsabilità per la morte dell'operatore sanitario. In questa prospettiva, nell'ipotesi del paziente vittima, le eventuali responsabilità andranno ricercate tra il personale medico e i vertici organizzativi amministrativi e/o politici, mentre nell'ipotesi di personale medico vittima, la responsabilità andrà ricercata nei vertici organizzativi amministrativi e/o politici.

Dall'altro lato, ci si può basare sulla tipologia di autore, per cui occorre distinguere tra la responsabilità del personale sanitario e la responsabilità dei vertici amministrativi e/o politici. In questa prospettiva, mentre il personale medico può essere responsabile soltanto per la morte del paziente, i vertici organizzativi amministrativi e/o politici possono risultare responsabili sia della morte dei pazienti che del personale medico.

Ebbene, tra queste due diverse impostazioni, opterò per la prima. È senz'altro vero che la seconda, basata sulla tipologia di autore, consente di evidenziare meglio le problematiche che si pongono soprattutto sul piano organizzativo, visto che, come vedremo, in termini peraltro inediti a quanto ci consta, le problematiche di responsabilità dei vertici che si possono porre rispetto ai pazienti si intrecciano a quelle, sempre dei vertici, che si possono porre nei confronti del personale medico vittima.

Tuttavia, è altrettanto vero che la tipologia di vittima determina nella sostanza diversi “tipi” di responsabilità colposa, in quanto, mentre in presenza di pazienti vittime si pone anzitutto un problema di colpa medica, dove passaggio centrale è la ricostruzione della responsabilità/irresponsabilità del personale medico, al quale si allaccia il passaggio della responsabilità dei vertici, in presenza di personale medico vittima si pone un problema di colpa lavorativa che coinvolge “subito e direttamente” i vertici, con tutto quel che ne consegue sia sul piano delle responsabilità individuali (si pensi al tema delle posizioni di garanzia) che su quello delle responsabilità collettive, visto che in presenza di morti derivanti dalla violazione delle regole cautelari sul lavoro scatta anche la responsabilità del sistema 231.

Ma prima di entrare nel dettaglio di queste tematiche, è opportuno compiere alcune considerazioni – per così dire – a monte, su alcune questioni comuni a entrambe le ipotesi di responsabilità.

2.1. I delitti che vengono in gioco e la problematica configurazione dell'epidemia colposa.

Il primo profilo da chiarire riguarda le fattispecie incriminatrici che possono venire in gioco. Pacifica la rilevanza dell'omicidio e delle lesioni in forma colposa, problematico il delitto di epidemia colposa².

Sulla configurabilità dell'epidemia colposa mi limito a compiere due considerazioni. Anzitutto, nodo centrale nella ricostruzione della fattispecie è non solo – e non tanto – se si tratti di reato a forma libera oppure a forma vincolata, ma piuttosto, preliminarmente, se si tratti di delitto che presuppone il dominio sul germe patogeno oppure – per così dire – la mera relazione patologica tra una persona e il morbo, vale a dire l'essere contagiati.

Ebbene, anche in considerazione degli elevatissimi livelli edittali previsti dall'art. 452 c.p., a me pare che la signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico sia un requisito selettivo indispensabile³, per il semplice fatto che, diversamente, non solo si aprirebbe la stura alla responsabilità omissiva colposa, ma soprattutto, si creerebbero i presupposti per trasformare la fattispecie in un reato di contagio colposo, con il rischio che nella prassi sia ulteriormente trasformato in reato di mero pericolo di trasmissione di germi patogeni, potendosi nella sostanza incriminare colui che contagiato, tenendo condotte imprudenti, rischia di contagiare altri.

Il delitto quindi non è soltanto a condotta vincolata (mediante la diffusione del morbo), ma con un vincolo ancora più forte, dovendosi aggiungere che la diffusione presuppone il dominio sul morbo. Insomma, la fattispecie si riferisce a una attività lecita

² In argomento, cfr. A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza "Covid-19": il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, in corso di pubblicazione, p. 1 s. (del dattiloscritto); 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 *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione, p. 1 (del dattiloscritto), p. 17 ss.; S. RAFFAELE, *Delitto di epidemia: l'affaire Coronavirus*, in *Diritto penale e uomo*, 3.06.2020, p. 1 ss.

³ A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza "Covid-19"*, cit., p. 2 (del dattiloscritto).

in cui si sta “gestendo” e “trattando” il virus e nell’esercizio di tale attività si violano regole cautelari determinando una diffusione di germi patogeni con conseguente infezione di più persone. Volendo, si potrebbe ritenere che la fattispecie può presupporre anche una patologia rispetto alla quale il soggetto è in grado di dominare il contagio e le modalità di trasmissione: si pensi allo sviluppo del contagio che si trasmette in modo specifico da rapporti che si instaurano da persona a persona, come nei casi di infezione da HIV, AIDS, epatite B e C: ma va da sé che rispetto a questi fatti sono le fattispecie di lesioni/omicidio ad entrare in gioco. Diversamente, la trasmissione del covid presenta modalità diverse, che se da un lato sono connotate da maggiore contagiosità e diffusività, dall’altro lato, però non comportano un dominio diretto sull’agente patogeno.

In secondo luogo, e conseguentemente, la fattispecie è del tutto inconferente rispetto alla situazione che si è venuta a creare con il covid, quanto meno in Italia, dove la diffusione del morbo è dovuta al contagio tra persone in assenza di un dominio sul germe. Insomma, una volta che il morbo è penetrato all’interno della società, per affermare una responsabilità si dovrebbe ritenere che le stesse persone infette sono in qualche modo “germi patogeni” sui quali è possibile esercitare una sorta di dominio. Prospettiva questa davvero problematica, non solo per l’equiparazione, ma anche per ciò che implicherebbe sul piano delle limitazioni delle libertà.

Prospettiva, a dire il vero, che tuttavia alla fin fine non sembra del tutto estranea alla filosofia di fondo con cui è stata ed è gestita questa emergenza, orientata, come vedremo, ad inserire il rischio patogeno-trasmissivo in ogni attività e quindi ad estendere il controllo praticamente su tutto, comprese per l’appunto le singole persone potenziali vettori, mediante penetranti limitazioni della loro libertà.

2.2. Causalità.

In secondo luogo, qualche riflessione in tema di causalità. Tema centrale e altamente problematico. Centrale perché senza l’accertamento della sussistenza del decorso causale reale, non si può procedere all’accertamento dei gradi successivi della responsabilità e quindi della colpa. Altamente problematico, perché non dobbiamo dimenticare la tendenza di una prassi, soltanto in parte ormai superata, volta a bypassare o comunque semplificare l’accertamento della causalità anche in ambito medico.

Ebbene, occorre ribadire con forza che l’accertamento del nesso causale in senso stretto, inteso come decorso causale reale, come catena che si è effettivamente verificata e che va dall’evento al comportamento (decorso oltretutto identico quale che sia il tipo di comportamento, attivo od omissivo, e quale che sia l’elemento soggettivo, doloso o colposo), si compone di due momenti: da un lato, quello relativo alla spiegazione scientifica del legame tra i diversi anelli, il momento c.d. generalizzante, avente carattere sostanziale (di diritto penale sostanziale), governato dal principio di personalità della responsabilità penale e quindi reclamante una certezza che non esitiamo a definire assoluta; dall’altro lato, v’è il momento della prova del decorso causale che si ritiene effettivamente verificatosi, il momento individualizzante, che si gioca su un piano

probatorio/processuale, governato dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e quindi reclamante una certezza basata sulla credibilità logico-argomentativa⁴.

Ebbene, i problemi posti dal nesso causale reale possono attenersi al primo momento oppure al secondo, potendosi affermare che mentre nella colpa stradale il decorso causale reale alla fin fine non è mai problematico, né sul piano della spiegazione né su quello della prova; e mentre nella colpa in ambito lavorativo tende ad essere problematico soprattutto il piano della spiegazione scientifica (si pensi ai problemi posti dall'amianto); nella colpa medica risulta problematico soprattutto il piano probatorio.

Ed infatti, nella colpa medica, sul piano scientifico, si è sempre praticamente in grado di conoscere con certezza la *causa mortis*, mentre sul piano probatorio non è facile provare oltre ogni ragionevole dubbio che nel caso concreto si è sviluppato proprio quel determinato decorso causale che conduce alla responsabilità di un autore. Non è facile, ma è comunque possibile, in virtù del ragionamento basato sulla credibilità razionale.

Premesso tutto questo, si deve ritenere che anche nelle vicende covid, rispetto al nesso causale, si porrà non tanto un problema sul piano della spiegazione scientifica astratta, visto che siamo in grado di ricostruire scientificamente se una morte è dovuta alla "attività" di questo virus, quanto piuttosto sul piano probatorio, come avviene anche per il contagio da hiv, dove sul piano scientifico la morte è spiegabile con certezza assoluta, ma si pongono problemi di prova in ordine al contagio.

In particolare, anzitutto, difficoltà si potranno porre in virtù della mancanza di autopsie. D'altra parte, proprio perché problema probatorio, pacifica in giurisprudenza la possibilità di ricostruire la *causa mortis* in termini induttivi.

In secondo luogo, si potrà porre un problema di concause (patologie pregresse sulle quali gli effetti del coronavirus si sono innestati). D'altra parte, anche su questo punto si deve registrare come la giurisprudenza tenda ad affermare comunque la responsabilità andando ad aggiungere i fattori causali.

Per inciso, non si può fare a meno di osservare come il tema della concausalità sia da attenzionare non soltanto in ambito medico, ma in termini generali, riguardando però più il piano scientifico-esplicativo che quello probatorio. In particolare, questa problematica non può essere confusa con il tema della cooperazione colposa che si pone nei settori della circolazione stradale e del lavoro, con riferimento al ruolo della vittima, oppure nel settore medico, con riferimento ad eventuali ulteriori autori (per esempio medici intervenuti prima o dopo)⁵: la cooperazione colposa è un problema che attiene

⁴ In tema di causalità, di recente e per tutti, cfr. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, *passim*. Inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. Canzio – L. Lupária (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, p. 75 ss.

⁵ Con riferimento alla cooperazione della vittima in ambito lavorativo, v. per tutti DI GIOVINE, [L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale](http://www.legislazionepenale.eu), in www.legislazionepenale.eu, 13.5.2019, p. 1 ss.; D. CASTRONUOVO, [Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?](http://www.legislazionepenale.eu), in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; riguardo alla "cooperazione" della vittima in ambito stradale, cfr. G. MARINO, [Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente](http://www.legislazionepenale.eu), in www.legislazionepenale.eu, 17.1.2019, p. 1 ss.; circa la cooperazione nella colpa medica, cfr. per tutti A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1537 ss.

alla colpa. Piuttosto, riguardo alla concausalità c'è da chiedersi se si possa davvero considerare del tutto irrilevante la circostanza che su un piano rigorosamente oggettivo, causalistico, un evento sia il frutto di una pluralità di fattori, aspetto forse da prendere in considerazione non tanto sul piano dell'esclusione della responsabilità, ma piuttosto della sua quantificazione: si pensi alle ipotesi dell'amianto con riferimento al fattore fumo. Inoltre, in ambito medico, se non si vuole prendere in considerazione sul piano del decorso causale reale, tuttavia la concausalità potrebbe rilevare sul piano della colpa, quanto meno come indice di peculiare complessità della situazione di rischio da affrontare.

Infine, sempre sul piano probatorio, si potrà porre il problema della esclusione dei decorsi causali alternativi: se da un lato l'accusa potrà affermare che il contagio è avvenuto in una certa maniera risalendo fino a una condotta, dall'altro lato, la difesa tenderà ad affermare che il contagio è avvenuto secondo altro decorso che esclude la riferibilità a una condotta. E trattandosi di contagio oltretutto dovuto a rapporti relazionali tra persone – per così dire – piuttosto generici e indeterminati (non, ad esempio, il contatto ematico come nelle ipotesi di HIV), vi sono ampi spazi per insinuare il dubbio che esso possa essere avvenuto secondo una catena diversa da quella prospettata dall'accusa.

Insomma, se da un lato è possibile affermare con una certezza scientifica assoluta che la morte è dovuta a covid o comunque anche a covid, dall'altro lato sarà possibile, ancorché assai problematico, dimostrare che il contagio è riconducibile a un determinato comportamento. C'è da ritenere che le ipotesi in cui sarà possibile escludere i decorsi causali alternativi saranno comunque rarissime (ad esempio ricovero in un ambiente di persone certamente non contagiate e prive di contatti con l'esterno, di una persona certamente contagiata).

2.3. *Rischio.*

In terzo luogo, una considerazione generale deve essere compiuta sul tema del rischio. Tema chiave per la colpa, tema chiave per la colpa medica in virtù della sua costante modificabilità e che si intreccia alle problematiche già accennate dei rapporti tra colpa specifica e colpa generica.

In particolare, la questione di fondo che si pone è se il rischio affrontato durante la fase dell'emergenza abbia costituito o meno un rischio peculiare, specifico, emergenziale.

Vorrei riportare sinteticamente, quanto ha affermato il dott. Luigi Cavanna, considerato ormai un pioniere della lotta al coronavirus in trincea: «nelle settimane successive al 21 febbraio il pronto soccorso di Piacenza era in una situazione apocalittica. Lei [si rivolge all'intervistatore] ha presente un pronto soccorso in cui ogni stanza, ogni posto libero, ogni ripostiglio è occupato dai malati? C'erano tubi che portavano ossigeno

dappertutto e c'erano ambulanze in fila che dovevano aspettare per poter scaricare i pazienti»⁶.

La definizione della situazione di rischio che è stata di volta in volta affrontata è un passaggio che possiamo considerare davvero decisivo, perché, come vedremo, a nostro avviso, a seconda della sua qualificazione cambiano non solo le regole cautelari che vengono in gioco, ma forse anche gli istituti, creandosi i presupposti per l'ingresso di disposizioni orientate ad escludere la responsabilità (ad esempio, caso fortuito e forza maggiore). Inoltre, la definizione della situazione di rischio in termini emergenziali, se da un lato potrebbe determinare l'esclusione di responsabilità mediche, dall'altro lato, potrebbe determinare proprio l'attivazione di responsabilità organizzative, là dove siano riscontrabili doveri organizzativi, magari disciplinati con norme positivizzate (colpa specifica) orientate ad affrontare l'emergenza.

2.4. Colpa specifica e colpa generica.

Eccoci quindi alla quarta considerazione, relativa alla colpa⁷. Nella vicenda coronavirus si pone soltanto un problema di colpa generica aggravata dall'emergenza oppure si pongono anche problemi di colpa specifica? Come avremo modo di vedere, a mio parere, occorre distinguere.

Se ci occupiamo della colpa medica in senso stretto, riferibile al personale sanitario, non c'è dubbio che si pone essenzialmente un problema di colpa generica oltretutto "aggravata" dall'emergenza, con tutto quel che ne consegue soprattutto sul piano della prudenza necessaria a maneggiare siffatta tipologia di colpa.

In particolare, quando si deve affrontare la configurazione di una responsabilità per colpa generica, occorre essere sempre prudentissimi, già nelle situazioni di normalità, figuriamoci in quelle caratterizzate dall'emergenza. Il problema si pone non solo perché la regola cautelare non essendo scritta non è formalmente predeterminata *ex ante* al momento in cui il soggetto agisce, ma anche, e conseguentemente, perché, a causa della mancanza di una regola scritta, il giudice rischia di operare con il senno di poi. Il giudice, cioè, tende a ricostruire la regola cautelare sulla base di quanto già accaduto e non sulla base di quanto accadeva al momento della condotta. E senno di poi significa non solo la "calma e freddezza" di chi non ha vissuto da protagonista gli eventi, ma anche per l'appunto accadimenti già verificatisi, e quindi totale conoscenza di tutti i fattori oltretutto ricostruiti processualmente con le dinamiche di un contraddittorio, con

⁶ G. CEDRONE, "A piacenza onda d'urto impressionante, per questo abbiamo il più alto numero di morti". Parla il pioniere della lotta al virus Luigi Cavanna, in www.sanitainformazione.it, 28 aprile 2020.

⁷ In argomento, v. per tutti, C. PIERGALLINI, voce Colpa (diritto penale), in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, p. 222 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, passim; M. GROPPPO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020. Con specifico riguardo alla colpa medica e una particolare attenzione alla prassi giurisprudenziale, v. D. MICHELETTI, [La responsabilità del medico tra colpa generica e specifica](#), in *disCrimen*, 8.5.2019, p. 1 ss.

la conseguenza che con il senno di poi è quasi sempre individuabile un comportamento che si sarebbe dovuto/potuto tenere per evitare la verifica dell'evento.

Ecco allora, che nella ricostruzione della responsabilità per colpa generica, al netto delle ipotesi in cui possono intervenire vere e proprie cause di esclusione della responsabilità (ad esempio caso fortuito), ci si deve muovere in una prospettiva che potremmo definire di selezione della rilevanza degli errori commessi: se, da un lato, è indubbio che qualcosa è andato storto e che possono esserci stati errori, tuttavia non ogni errore implica necessariamente una colpa e una responsabilità, assumendo rilevanza soltanto quell'errore che corrisponde effettivamente alla violazione di regole cautelari alle quali ci si doveva attenere al momento dell'esercizio della attività rischiosa: insomma, si tratta di selezionare un comportamento che fosse davvero capace di impedire *ex ante*, al momento della condotta, la verifica dell'evento.

Ebbene, la trattazione della colpa generica implica due passaggi fondamentali. Da un lato, una chiave di lettura della problematica è costituita ancora una volta dal rischio. Ogni volta che si deve individuare una regola cautelare, è la situazione di rischio che deve essere ben definita. Ciò vale in termini davvero decisivi, là dove si ponga un problema di residuo della responsabilità generica nonostante l'assenza della colpa specifica ovvero un problema di residuo di regole non scritte violate nonostante l'osservanza di quelle scritte: in queste ipotesi il rischio che deve fronteggiare la regola cautelare non scritta deve essere, per la presenza di peculiari fattori ulteriori, diverso da quello che si sarebbe dovuto affrontare con la regola scritta, con la conseguenza che per una corretta impostazione delle cose si dovrebbe addirittura comparare con rigore il rischio sotteso alla regola cautelare scritta che si è rispettata, con quello sotteso alla regola cautelare non scritta che si ritiene violata. Ma ciò vale anche là dove si ponga "immediatamente" un problema di colpa generica: occorre ricostruire la situazione concreta, le circostanze e i fattori complessivi in cui si è inserita l'attività, dando massima attenzione al fatto e alle sue dinamiche e conseguentemente alla conoscibilità di tale rischio. Con la conseguenza che la colpa generica apre soprattutto alla problematica della riconoscibilità della situazione di rischio e della misurazione soggettiva della colpa, visto che per la maggior parte dei fattori di rischio "in più" rispetto alla situazione che doveva fronteggiare la regola cautelare scritta si pone un problema di conoscibilità/prevedibilità della peculiare situazione di rischio⁸.

Dall'altro lato, proprio alla luce delle circostanze concrete deve essere individuata comunque la condotta concreta e "specificata" che l'autore avrebbe dovuto tenere: colpa generica significa che la regola cautelare viene forgiata nella sostanza dal giudice *ex post* ma in prospettiva *ex ante*, mentre non significa che deve essere contenutisticamente generica, indeterminata, anzi: essa deve essere puntualmente definitiva e individuata dal giudice con una formula di determinatezza propria delle regole cautelari scritte e rigide. Insomma, la regola cautelare non scritta deve essere

⁸ Assolutamente persuasive l'analisi e le conclusioni di D. MICHELETTI, *La responsabilità del medico tra colpa generica e specifica*, cit., p. 33 ss.

individuata con una determinatezza, concretezza e dettaglio nella sostanza analoghi a quelli utilizzati dai poteri che pongono regole cautelari scritte.

Ma nella vicenda covid si pone soltanto un problema di colpa generica? Ebbene, sul piano organizzativo la questione è molto più complessa di quel che possa apparire a prima vista. Ed infatti, non c'è alcun dubbio che, di regola, potremmo dire in situazioni di normalità, risulta davvero difficile configurare regole cautelari per l'attività dei vertici, siano essi amministrativi o politici, anche perché proprio la combinazione dell'ampia discrezionalità che contraddistingue tali attività organizzative con la colpa generica, determina una vera e propria impossibilità a predeterminare regole comportamentali. Ma è proprio nelle situazioni di emergenza che le cose possono mutare, perché in tali situazioni è ben possibile che scattino normative destinate a delineare comportamenti finalizzati ad affrontare eventuali emergenze, dando luogo a regole cautelari scritte che disciplinano attività che altrimenti sarebbero ampiamente discrezionali.

2.5. L'emergenza tra panpenalismo e pannormativismo.

Infine, anche alla luce di queste ultime considerazioni, un accenno al rischio panpenalistico, con conseguente rischio di capro espiatorio. Ebbene, come abbiamo visto, non c'è dubbio che tale rischio si pone, soprattutto se poi la responsabilità tende in qualche modo a salire. E non è un caso che sul punto siano intervenuti con la solita lucidità esemplare Maestri come Palazzo e Pulitanò. In particolare, il primo ha affermato che «riguardo agli amministratori, il fatto che la istituzionale discrezionalità delle loro scelte non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute: l'errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole. L'esercizio della discrezionalità genera responsabilità penale solo quando nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori-scopo per la cui ponderazione è conferito quel potere discrezionale»⁹. Pulitanò ha ulteriormente precisato: «se vi è una responsabilità di "governo" (anche a livello di alta amministrazione) che passa per decisioni da adottare in condizioni di incertezza, implicanti valutazioni discrezionali e bilanciamenti d'interessi, la sfera di autonomia e responsabilità politica va salvaguardata. Vi è uno spazio della politica che non può essere sottoposto a scrutinio diverso da quello politico, della sfera pubblica politica. Dove si collochi il confine, può essere un problema difficile. Ma un confine è necessario, altrimenti si apre la strada a un panpenalismo di principio»¹⁰.

Ebbene, queste affermazioni non possono che essere condivise, ma a mio modestissimo avviso necessitano di due integrazioni su cui riflettere. Da un lato, oltre a un rischio panpenalistico vedo anche un rischio pannormativistico e pancautelaristico

⁹ F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., p. 3.

¹⁰ D. PULITANÒ, [Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale](#), in questa *Rivista*, 28 aprile 2020, p. 8.

nella gestione dell'emergenza complessivamente intesa, che finisce per incrementare problemi di colpa e istanze di responsabilizzazione. Ciò emerge evidentissimo nel momento in cui, in una prospettiva addirittura precauzionale, nonostante le conoscenze scientifiche, si sono disciplinati comportamenti "generalisti ed astratti" lontanissimi dalle situazioni di rischio, imponendo a volte divieti che nella sostanza impedivano in modo assoluto addirittura l'esercizio di diritti, presidiando tali divieti con sanzioni punitive amministrative. Ma ciò emerge anche quando si è andati a disciplinare aspetti organizzativi che nella sostanza stanno a monte rispetto a chi doveva affrontare la vera situazione di rischio sanitario: si pensi alla disciplina relativa alla istituzione delle zone rosse. Ed emerge, infine, come vedremo, nel momento in cui la presenza del virus viene elevata a fattore di rischio onnipervasivo e onnipresente.

Dall'altro lato, non si può fare a meno di osservare come rientri tra i compiti di una buona amministrazione l'organizzazione di attività per fronteggiare l'emergenza. Insomma, manutenzione ed emergenza costituiscono le due attività fondamentali alle quali un'amministrazione si deve dedicare. Ponendosi poi il problema della prevedibilità della verifica dell'emergenza: ma questo è un tutt'altro problema.

Insomma, là dove emergono discipline indirizzate anche alle amministrazioni o addirittura alla politica, gli spazi della discrezionalità si riducono potendo aumentare quelli per una eventuale responsabilità.

3. Le responsabilità per le morti dei pazienti.

Per quanto riguarda le responsabilità per le morti dei pazienti, occorre distinguere a seconda che si ritengano soggetti responsabili il personale medico oppure i vertici politico-amministrativi.

3.1. Le responsabilità del personale sanitario.

Per quanto riguarda le responsabilità del personale sanitario, come abbiamo accennato, il primo tema centrale che si pone riguarda la definizione del rischio che tale personale si è trovato ad affrontare.

In termini molto sintetici imposterei la questione così. Se il rischio viene qualificato come "normale", è indubbio che viene in gioco la colpa medica "normale" e quindi nella sostanza l'art. 590-sexies c.p. così come interpretato dalla giurisprudenza a seguito della sentenza delle Sezioni Unite Mariotti, nonché da quella successiva che sta dicendo cose importanti ad integrazione della sentenza delle Sezioni Unite. Se invece il rischio viene qualificato come rischio "anormale", "anomalo", emergenziale, eccezionale, si pone un problema di eventuale irresponsabilità del medico, da affrontare o mediante i principi e gli istituti "normali" che consentono di attribuire rilevanza alle situazioni emergenziali nella sostanza imprevedibili oppure mediante norme *ad hoc* direttamente disciplinate dal legislatore (non solo la questione dello scudo, ma anche

l'idea di una disciplina che senza negare *tout court* la responsabilità medica si attagli però alla particolare situazione covid).

3.1.1. Emergenza covid come rischio normale.

Ebbene, per quanto riguarda la prima prospettiva (rischio normale), mi siano consentite alcune battute, su due direttrici diverse, su un piano generale, relativo alla problematica della delimitazione della responsabilità medica, e su un piano specifico, relativo alla problematica del Covid.

Su un piano generale, non posso che ribadire le mie perplessità rispetto a una disciplina che ha tentato di delimitare la responsabilità del medico operando sul piano delle fonti delle regole cautelari attraverso la valorizzazione delle regole scritte, invece che su quello soggettivo del grado della colpa¹¹. Le due riforme legislative, soprattutto quella del 2012, ma anche, nonostante qualche correttivo, quella del 2017, al fine di restringere gli spazi di responsabilità del medico, hanno puntato sul rispetto delle linee guida e quindi nella sostanza, come spirito di fondo, sulla colpa specifica, ponendosi tuttavia in contrasto con le stesse caratteristiche fisiologiche della colpa medica, contraddistinta da un dinamismo così spinto da richiedere necessariamente un costante adattamento delle regole comportamentali alla mutevolezza della situazione¹². Non è un caso che il primo grande problema che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare dopo la riforma del 2012 sia stato proprio quello dell'adattamento delle linee guida al caso concreto¹³.

Bene ha fatto quindi la sentenza Mariotti a riportare la questione più che sul rispetto delle linee guida, sulla gradazione della colpa, assumendo come pilastro del suo ragionamento, nella sostanza, la complessità tecnica della situazione di rischio da affrontare su cui poi calibrare valutazioni in merito al grado della colpa¹⁴. La

¹¹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, [Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, p. 233 ss.

¹² In argomento, per un quadro complessivo delle riforme, cfr. G. FORTI – M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie dopo la l. 24/2017 e i primi consuntivi giurisprudenziali*, in *Diritto e difesa in ostetricia e ginecologia*, Roma, 2019, p. 209 ss.; L. RISICATO, [Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario](#), in [www.legislazionepenale.eu](#), 5.6.2017; A. DI LANDRO, [La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida](#), *ivi*, 17.1.2018, p. 1 ss.; A. MERLI, [Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche incertezza e tanti dubbi irrisolti](#), *ivi*, 17.1.2020, p. 1 ss.

¹³ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013-9 aprile 2013, Cantore, n. 16237/2013.

¹⁴ Cass. pen., SS.UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, Mariotti, n. 8770/2018. In argomento, v. per tutti C. CUPELLI, [L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica \(ancora punibile\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 1.3.2018; 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](#), *ivi*, 9.4.2018; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 345 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di s.u. Mariotti in tema di responsabilità medica*, *ivi*, 1.6.2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 646 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso*

giurisprudenza ha dovuto – per così dire – spostare l’asse della disciplina dalla legalità delle regole cautelari alla situazione di rischio e quindi al grado della colpa, dovendosi soffermare preliminarmente proprio sulla individuazione della situazione di rischio che può giustificare un’esenzione dalla responsabilità.

Mi pare, inoltre, che la giurisprudenza più recente spinga nel senso di rafforzare ulteriormente i punti fermi della sentenza Mariotti, depotenziando il ruolo delle linee guida, smorzando la distinzione tra valutazione ed esecuzione, ampliando il concetto di imperizia e più in generale “smontando” pericolosi automatismi come ad esempio quello per cui errori diagnostici pongono di per sé fuori dalle linee guida e sono connotati da negligenza e imprudenza¹⁵.

Insomma, a me pare che si dovrebbe operare ben al di là della distinzione tra imperizia e imprudenza/negligenza, come anche della distinzione tra valutazione ed esecuzione, trattandosi di distinzioni che ancora una volta sono disfunzionali rispetto alle dinamiche dell’attività medica. Non solo, ma se si considera che, come dimostra proprio questa vicenda del covid, esigenze di delimitare la responsabilità medica si pongono soprattutto in presenza di situazioni di rischio nuove e complesse, vale a dire in situazione in cui, guarda caso, non vi sono linee guida, appare evidente come sia soprattutto l’idea di una situazione complessa accompagnata da una colpa grave a poter fondare una responsabilità, a prescindere proprio dall’esistenza di linee guida.

Da condividere quindi *in toto* la proposta formulata dalla Associazione dei Professori di diritto penale¹⁶.

3.1.2. Emergenza covid come rischio emergenziale/eccezionale.

Venendo alla specifica vicenda covid, punto centrale non è soltanto che l’art. 590-sexies c.p. risulta inadeguato rispetto a questa vicenda, ponendosi la necessità di una normativa *ad hoc*; ma anche – e direi soprattutto – che questa normativa non può essere applicata alla situazione di specie, perché la situazione di rischio che il personale medico si è trovato ad affrontare non era complessa in un contesto di normalità, ma era complessa in un contesto emergenziale.

Sul piano della complessità del rischio: malattia nella sostanza ignota, mancanza di farmaci specifici per il suo trattamento, difficoltà di ricostruire l’interazione con altre patologie, mancanza di linee guida e raccomandazioni consolidate, basta pensare alla questione del ricovero o meno¹⁷.

del nuovo art. 590-sexies c.p., in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, p. 1 ss.

¹⁵ Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020-18 maggio 2020, n. 15258/2020. Sulla giurisprudenza successiva alla sentenza Mariotti, cfr. P. PIRAS, [L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti](#), in *Dir. pen. cont.*, 18.1.2019, p. 1 ss.; M. SCHIAVO, [La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco](#), *ivi*, 3.5.2019, p. 1 ss.

¹⁶ Cfr. S. SEMINARA-D. PULITANO-M. CAPUTO, [Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria](#), in 3° gruppo – Reati colposi contro la vita e l'integrità, [www.aipdp.it](#), p. 1 ss.

¹⁷ Ad essere puntigliosi, si dovrebbe parlare addirittura di indicazioni contraddittorie. Come ricostruisce G. BOVI, [La colpa del medico ai tempi del COVID-19: la soluzione nei principi generali?](#), in *Giustizia insieme*, 27.5.2020,

Ma soprattutto contesto emergenziale: affluenza improvvisa e consistente di pazienti nei pronto soccorsi; assenza di dispositivi di protezione individuale per il personale; necessità di impiegare anche medici afferenti a diverse specializzazioni richiamando all'attività chi è andato in pensione e prevedendo assunzioni di personale sanitario in deroga alle normali procedure.

Insomma: un conto è il caso complesso che arriva ad un pronto soccorso e a un presidio ospedaliero in situazione di normalità; un conto è il caso complesso anche perché nella sostanza ignoto che arriva ad un pronto soccorso e ad un presidio ospedaliero nel caos perché vi sono tanti altri casi complessi identici.

La situazione emergenziale ha generato una situazione di rischio che non poteva essere fronteggiata con le normali cautele, rispetto alla quale la violazione di cautele "normali" non può essere imputata – per così dire – *tout court*: inesigibilità, *ad impossibilia nemo tenetur*, caso fortuito/forza maggiore, stato di necessità perdurante. Si definisca come si vuole, il punto è che le situazioni che si sono create hanno determinato i presupposti per un'esenzione da responsabilità che va ben oltre la problematica dell'operatività dell'art. 590-sexies, il quale riguarda situazioni di complessità che attengono comunque alla normalità.

3.1.3. La questione delle discipline *ad hoc* e del c.d. scudo.

Vero tutto questo, a me pare che sarebbe sufficiente applicare questi principi¹⁸. Tuttavia sono state formulate proposte di riforma legislativa orientate ad introdurre norme *ad hoc*. Ebbene, all'interno di queste proposte occorre distinguere.

Da un lato, v'è chi, facendo leva sull'inadeguatezza della disciplina vigente, auspica una norma *ad hoc* che nella sostanza si affianca all'art. 590-sexies per le specifiche situazioni di covid¹⁹. La proposta è interessante e plausibile, ma, da un lato, vedendo anche come formulata, attiene più al sistema in generale che alla vicenda covid o comunque alla vicenda covid in un contesto di normalità, più che a quanto accaduto nei giorni della vera e propria emergenza. Insomma, quando si prospetta di limitare la

p. 4, «un primo provvedimento rilevante e recante indicazioni per l'individuazione dei casi sospetti di Covid-19 è stata la Circolare n. 1997 del 21 gennaio 2020, per la quale soggetti sospetti erano coloro che avessero collegamenti diretti/indiretti con la Cina nonché coloro che avessero manifestato «un decorso clinico insolito o inaspettato, soprattutto un deterioramento improvviso nonostante un trattamento adeguato, senza tenere conto del luogo di residenza o storia di viaggio, anche se è stata identificata un'altra eziologia che spiega pienamente la situazione clinica». Tuttavia, nella successiva Circolare n. 2302 del 27 gennaio 2020, il predetto elenco spariva e, invece, i due requisiti figuravano in rapporto reciproco: prova ne è che sono stati letteralmente posti in congiunzione con la lettera "E" in maiuscolo».

¹⁸ Nello stesso senso si esprime G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del COVID-19*, cit., richiamando «lo stato di eccezione» come paradigma che gioca a favore del reo.

¹⁹ C. CUPELLI, [Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari](#), in questa Rivista, 30.3.2020, p. 1 ss.; A. ROIATI, [Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale](#), in [www.legislazionepenale.eu](#), 19.5.2020, p. 1 ss.; G.M. CALETTI, [Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario: riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico](#), in questa Rivista, n. 5/2020, p. 1 ss.

responsabilità penale degli operatori sanitari alle sole ipotesi di colpa grave, senza distinzione tra imperizia e imprudenza/negligenza, e di introdurre una definizione di colpa grave nella quale si dia peso rilevante ai fattori contestuali emergenziali, ebbene una proposta del genere potrebbe addirittura sostituire lo stesso art. 590-*sexies* c.p., soprattutto se si decidesse di abbandonare qualsiasi riferimento al rispetto delle linee guida²⁰, a meno che non si voglia indicare come indice particolarmente significativo per una valutazione di lievità della colpa. Ecco allora che in questa prospettiva, persuade ancor di più la proposta di applicare direttamente l'art. 2236 c.c., basato sulla colpa grave di chi si è trovato a fronteggiare situazioni di "speciale difficoltà"²¹.

Dall'altro lato, v'è il tema del c.d. scudo. Ebbene, quale l'obiettivo di tale scudo? A ben vedere, infatti, proprio se ci si muove lungo la linea dei presupposti e dei principi che ho provato a delineare in precedenza, non sembra esserci la necessità di una norma *ad hoc*: la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari.

Problemi si possono porre là dove venisse messa in discussione l'esistenza dell'emergenza: ecco allora che la previsione costituirebbe uno strumento per chiarire in anticipo ciò che dovrebbe emergere senza problemi, magari anche con la finalità di non esporre nemmeno a procedimento chi si è impegnato in prima linea nel contrastare l'emergenza. Insomma, si tratterebbe di una scelta di politica criminale volta a rafforzare la lettura emergenziale della vicenda e a definire il prima possibile l'esenzione dalla responsabilità.

D'altra parte, una previsione del genere potrebbe porre altri problemi. Oltre alle difficoltà di formulazione, il rischio di fondo è di tipizzare in forma astratta ciò che può emergere soltanto in concreto: insomma, si ripresenta la solita tensione tra astratto (legislatore) e concreto (giudice), dove se l'astratto consente di dare indicazioni "forti", tuttavia, proprio perché astratto, ha in sé una componente presuntiva che rischia di non attagliarsi perfettamente ai casi concreti; mentre il concreto, grazie alla discrezionalità attribuita al giudice, consente di adattare al meglio il diritto al fatto, potendosi intravedere rischi di arbitrio soprattutto se la giurisprudenza non riesce con autorevolezza e prontezza a dare indicazioni uniformi.

Ma il vero problema posto da una norma del genere sarebbe un altro, e cioè costituirebbe un ostacolo all'accertamento delle eventuali reali responsabilità dei vertici. Proviamo a spiegarci. Di primo acchito si potrebbe dire che una volta prevista l'esenzione per i medici, questa previsione può tendere a salire. Ma in realtà le cose sembrano stare esattamente al contrario: vero problema è che se non si muove dalla questione della responsabilità/irresponsabilità del personale sanitario non si è in grado di salire nell'accertamento di eventuali responsabilità dei vertici. Anzi, in termini ancora più brutali, si può affermare che poiché risulta a tutti evidente come non si possa chiamare a rispondere il personale medico, proprio tale circostanza può costituire un

²⁰ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., p. 19.

²¹ In questo senso M. CAPUTO, [Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria](http://www.legislazionepenale.eu), in www.legislazionepenale.eu, 22.6.2020, p. 6 ss.

fattore che impedisce di individuare eventuali ulteriori responsabilità organizzative. Ecco aprirsi allora il tema della responsabilità dei vertici, amministrativi e politici.

3.2. La responsabilità dei vertici amministrativi e politici.

Per quanto riguarda le eventuali responsabilità dei vertici, vorrei osservare come le cose stiano in termini davvero peculiari.

Preliminarmente si deve osservare come non possano sussistere preclusioni ad affermare le responsabilità dei vertici, non soltanto amministrativi, ma anche politici. Un conto è l'invito alla prudenza²², un conto è chiudere pregiudizialmente alle responsabilità anche penali di organi politici²³.

Il tema è delicatissimo, ma non può essere eluso. Ebbene, anzitutto si deve osservare come il grande progresso delle moderne società democratico-costituzionali è l'aver posto vincoli giurisdizionali non tanto al carattere politico della scelta, ma alla scelta come conseguenza della decisione politica. Ciò vale anzitutto per le scelte legislative, sindacate dalla Corte costituzionale, ma vale anche per l'operato di tutti i vertici istituzionali diversi dal legislatore, i quali non possono operare *legibus solutus*, ma all'interno di un contesto normativo che pone limiti e vincoli: com'è stato efficacemente affermato, «di fronte all'autorità giudiziaria non è in gioco in alcun modo la natura "politica" della scelta [...] Ma [...] il nostro ordinamento non sottrae la "scelta politica" [...] al sindacato del giudice penale»²⁴. Non potendosi del resto fare a meno di osservare come scelta e carattere politico della scelta vengano a coincidere soprattutto per quanto riguarda la gestione delle risorse finanziarie.

Altra questione è il rischio che la magistratura entri nella valutazione politica ritenendo *contra legem* una scelta che in realtà è conforme alla legge, sconfinando così in un sindacato politico che non è ammissibile.

Il tema diviene quindi quello del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, per cui più la disciplina legale è dettagliata, maggiori sono i vincoli per la discrezionalità, come anche i vincoli per la magistratura; se invece la disciplina è generica, aumentano gli spazi per la discrezionalità, come anche quelli della valutazione giurisdizionale. Tornando a porsi così i problemi di rapporto tra colpa specifica e colpa generica.

Ebbene, in estrema sintesi, la riflessione che vorrei condividere e sviluppare è la seguente: se nelle situazioni di normalità si riscontrano spesso errori organizzativi dei vertici rispetto ai quali mancano tuttavia, per una serie di circostanze di cui diremo in seguito, gli estremi per l'affermazione di una responsabilità colposa; nelle situazioni di

²² F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., p. 3; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit., p. 12 ss.; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 448; inoltre, volendo, R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive](#), in questa *Rivista*, 24.4.2020, p. 13.

²³ C. CUPELLI, in E. ANTONUCCI, *La stolta frontiera del panpenalismo: immaginare responsabilità penali per scelte politiche*, in *Il Foglio*, 12 giugno 2020; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza "Covid-19"*, cit., p. 11.

²⁴ G. PIGNATONE, *Il giudice penale nella zona rossa*, in *La Repubblica*, 21 giugno 2020.

emergenza, invece, sembrano crearsi le condizioni per valutare l'operato organizzativo anche in termini di colpa.

3.2.1. Le responsabilità dei vertici nei contesti di normalità.

In particolare, che nelle situazioni di normalità si verifichino errori organizzativi – per così dire – da attenzionare, emerge dal fatto che spesso l'evento lesivo è sì diretta conseguenza della prestazione medica, ma il difettoso esercizio dell'attività sanitaria è connesso a un difetto organizzativo che sta a monte. Si pensi all'ipotesi in cui siano stati organizzati in termini disfunzionali le degenze, all'ipotesi in cui manca un macchinario, fino addirittura all'assetto dei presidi sanitari allorquando si sono poste soluzioni alternative e la scelta è caduta su un'opzione che poi si è rivelata del tutto inadeguata.

Tuttavia, rispetto a queste ipotesi si registra una polarizzazione della responsabilità sul singolo medico, vale a dire, nella sostanza, sull'anello "finale" della catena delle responsabilità. Diversamente da quanto accade per le imprese, dove la ricerca dell'allocazione della responsabilità tende a salire verso gli apicali, nelle strutture organizzative sanitarie la tendenza è a scendere, ad arrestare la responsabilità sui livelli più bassi, dovendosi registrare una perdurante ritrosia ad ampliare gli ambiti di rilevanza penale riconducibili alla sfera gestoria e/o amministrativa, tanto che le imputazioni rimangono tendenzialmente concentrate sul singolo operatore.

Le ragioni di questa tendenza sono molteplici²⁵. Anzitutto, l'attività del medico, pur condizionata dal contesto organizzativo in cui si inserisce, tende sempre a venire in evidenza in virtù del particolare rapporto con il paziente, come se il rapporto che si viene a instaurare tra il paziente e il medico, basato su una posizione di protezione, esaurisse l'intera vicenda, assorbendo quello che intercorre tra medico e struttura e a maggior ragione tra paziente e struttura. Insomma, se all'interno delle imprese le dinamiche responsabilizzanti si collocano in una direzione interamente verticale, in considerazione del fatto che l'intera organizzazione non fa altro che distribuire una posizione di controllo, nelle strutture sanitarie le dinamiche responsabilizzanti conoscono una direzione verticale, circa gli organizzativi (posizione di controllo), ma poi una direzione – per così dire – orizzontale (posizione di protezione), circa il personale sanitario.

In secondo luogo, si crea una convergenza di interessi ad accentrare la responsabilità sul singolo medico. Da un lato, sono le spinte provenienti dalla vittima e dai familiari che inevitabilmente tendono a concentrare la loro attenzione sul soggetto con il quale si è avuto il rapporto più diretto e immediato. Dall'altro lato, gli stessi vertici sanitari potrebbero essere portati a scaricare tutte le responsabilità sul singolo medico, permettendo di mantenere inalterata la struttura gestionale ed il sottostante assetto di potere.

²⁵ Si sviluppano qui ulteriormente prime riflessioni sul tema, compiute in R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 793 ss.

In terzo luogo, si deve registrare una sorta di tensione tra responsabilità del personale medico e gestionale, dovuta al rapporto più alternativo che cumulativo che intercorre tra di esse, nel senso che, anche in ragione della diversa natura della posizione di garanzia, esiste una correlazione inversa tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura: tanto più è da ritenersi rilevante il *deficit* organizzativo sull'operato del medico, tanto meno sarà quest'ultimo a dover rispondere dell'eventuale esito infausto, ovvero, nel momento in cui si sale nell'individuazione della responsabilità coinvolgendo coloro che appartengono al c.d. secondo livello, si riducono i margini per affermare la responsabilità del medico.

Inoltre, tra le ragioni che spingono ad arrestare la responsabilità verso il basso, v'è il modo particolare in cui operano le dinamiche giuridico-processuali della responsabilità individuale in presenza di prestazioni mediche intrecciate a difetti organizzativi. Da un lato, il difetto organizzativo muta la situazione di rischio che il medico deve comunque fronteggiare, con la conseguenza che il medico tende a sopperire ad eventuali difetti organizzativi e nella valutazione della sua responsabilità questi stessi difetti passano in secondo piano, non giocando alcun ruolo nell'escluderla o anche solo nell'attenuarla. Insomma, la necessità di fronteggiare il rischio, ancorché "aggravato dalle inadempienze altrui", costringe il medico ad adoperarsi facendo velo alla rilevanza dei difetti organizzativi. Dall'altro lato, risulta persistente la difficoltà ad attribuire rilevanza all'accertamento dell'efficacia del comportamento alternativo lecito, dovendosi tuttavia osservare come sia proprio l'analisi del comportamento alternativo lecito, della sua efficacia e quindi dei fattori che possono neutralizzarla, *in primis* per l'appunto i difetti strutturali e organizzativi, a far emergere eventuali difetti organizzativi e gestionali.

Ma i maggiori problemi per una responsabilità dei vertici in situazioni di normalità derivano da aspetti giuridici. Da un lato, anche a causa della difficoltà a chiarire gli obblighi informativi all'interno dello stesso personale medico, il difetto organizzativo non è detto che sia portato a conoscenza dei vertici, con la conseguenza che i vertici non sono in grado di riconoscere la situazione di rischio. Le ipotesi in cui la conoscenza della situazione di rischio prescinde dalla segnalazione sono quelle in cui si pone un problema di manutenzione, rispetto alle quali grava – per così dire – un autonomo obbligo organizzativo di tipo conoscitivo.

Dall'altro lato, la maggiore difficoltà ad imputare una eventuale responsabilità colposa in capo ai vertici deriva dalla combinazione di una colpa generica con l'ampia discrezionalità politico-amministrativa, soprattutto sul piano delle scelte di spesa: anzi, potremmo dire che assenza di regole cautelari scritte ed ampia discrezionalità finiscono per essere nella sostanza due facce della stessa medaglia. In particolare, sia amministrativi che politici godono di una discrezionalità proprio in virtù del fatto che la loro attività prescinde da una normazione. E la combinazione di colpa generica e discrezionalità costituisce non soltanto una miscela che invita alla prudenza, ma addirittura una miscela che restringe i margini di responsabilità, soprattutto quando la discrezionalità attiene a scelte su come impiegare risorse le risorse economiche disponibili.

La situazione che si viene a creare è molto simile a quanto accade sul piano della colpa allorché opera il principio di precauzione. Far valere il principio di precauzione in assenza di regole cautelari scritte sarebbe disfunzionale, perché in presenza di incertezza scientifica, soltanto il legislatore può prevedere regole comportamentali magari sanzionate, ponendosi del caso problemi di proporzione. Alla stessa stregua, difficile se non impossibile individuare comportamenti dovuti non scritti, là dove la scelta è contraddistinta da un'ampia discrezionalità.

3.2.2. Le responsabilità dei vertici nei contesti emergenziali.

Ebbene, se tutto questo è vero nelle situazioni di normalità, nelle situazioni di emergenza lo scenario è destinato a mutare, e muta, a nostro avviso, in termini tali da creare i presupposti per una valutazione dell'operato organizzativo.

Anzitutto, occorre evidenziare come si possano porre problemi di difetto macroscopico. Già nei contesti di normalità, vi sono ipotesi in cui l'evento lesivo costituisce conseguenza – per così dire – diretta e immediata del difetto organizzativo: si pensi in particolare alle ipotesi di totale mancata manutenzione di macchinari, errori nella progettazione ed esecuzione di lavori di impianti elettrici, assenza di personale per l'assistenza notturna. Ed infatti, le poche volte in cui in situazioni di normalità si è risaliti, o quanto meno tentato di risalire, anche alle responsabilità dei vertici organizzativi in ambito sanitario sono state quelle in cui si era in presenza di eventi lesivi direttamente riconducibili al difetto organizzativo. Ebbene, nell'ipotesi di emergenza può aggallare proprio un difetto organizzativo macroscopico, una inadempienza – per così dire – strutturale.

In secondo luogo, se nelle situazioni di normalità è fisiologico che il medico sopperisca al difetto organizzativo, nell'emergenza si viene a creare una difficoltà operativa del medico che non gli consente di adattarsi alla situazione di rischio e di sopperire al difetto, il quale finisce per emergere e stagliarsi in primo piano. E ciò vale a maggior ragione per le ipotesi in cui il medico diventa nella sostanza addirittura vittima insieme al paziente. Se nella situazione di normalità il medico costituisce una sorta di schermo tra paziente e organizzazione e che quindi compensa e rimedia i difetti organizzativi, con l'emergenza si crea una situazione in cui paziente e medico stanno dalla stessa parte contrapposti – per così dire – agli assetti organizzativi.

In terzo luogo, e conseguentemente, proprio l'emergenza fa deflagrare la correlazione inversa tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura, per cui essendo senz'altro esente da responsabilità il medico, i difetti organizzativi risultano esaltati ponendosi il problema di eventuali responsabilità della struttura.

Ma soprattutto, infine, ci sono fattori – per così dire – normativi davvero significativi. Da un lato, c'è da interrogarsi se esista un vero e proprio dovere in capo agli organi amministrativi e politici di organizzare determinati settori per fronteggiare eventuali emergenze: insomma, come emerge ormai sempre di più un dovere "diretto e immediato" di manutenzione (si pensi a quanto accaduto con il crollo del ponte c.d. Morandi a Genova), alla stessa stregua ha senso che esista un dovere di organizzarsi

nell'eventualità in cui si verificano emergenze. Dall'altro lato, si deve osservare come con l'emergenza incrementi la dimensione normativa, sia perché ben prima dell'emergenza possono esistere doveri di disciplina e discipline dettate per fronteggiare l'emergenza all'interno delle quali sono riscontrabili regole cautelari organizzative, sia perché durante l'emergenza può esservi la tendenza alla normazione finalizzata a fronteggiare l'emergenza stessa, venendo così delineate ulteriori regole cautelari scritte destinate a ridurre i margini di discrezionalità.

In particolare, sotto il primo profilo, si deve ritenere che un dovere di organizzare determinati settori in previsione di emergenze esista, come del resto confermato dalla esistenza di piani nazionali e regionali per le emergenze. Tali piani, inoltre, impongono comportamenti da adottare, con la conseguenza che "sul punto" la discrezionalità è in qualche modo disciplinata.

Così, ad esempio, tra i molti piani nazionali di prevenzione, esiste il Piano nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale elaborato dal Centro nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie del Ministero della salute, aggiornato l'ultima volta nel 2010.

A livello regionale, di grande interesse esemplificativo è il piano della Regione Lombardia elaborato nel 2010 per affrontare l'emergenza suina. Tra le molteplici azioni previste dal piano si segnalano testualmente le seguenti: "predisporre protocollo per la sorveglianza dei viaggiatori provenienti da aree infette (se non definito dal livello nazionale)"; "censire e monitorare i posti letto U.O. malattie infettive e reparti medicina"; "definire accordo-quadro gestori RSA per aumento assistenza medica e infermieristica finalizzata al contenimento dei ricoveri"; "definire in base ai differenti livelli di allarme l'adozione di misure generali: utilizzo mascherine in ambito sanitario; limitazioni raduni o accesso a strutture sanitarie o socio sanitarie; interruzione della frequenza scolastica". Ed ancora: "individuare appropriati percorsi per malati o sospettati tali"; "disponibilità di dispositivi meccanici per l'assistenza ai pazienti".

Ebbene, muovendo da questo scenario di fondo, v'è chi ha osservato come nella gestione dell'emergenza, proprio con riferimento ai piani, vi siano state possibili violazioni. In particolare, si sono evidenziati eventuali profili di responsabilità che meritano senz'altro attenzione nelle seguenti attività organizzative: nella predizione e nell'attuazione di misure di fronte all'*outbreak* pandemico di Covid-19; nell'approvvigionamento di idonei DPI, da parte di tutti i cittadini, ma soprattutto da parte degli operatori sanitari; nella mancata formazione obbligatoria degli operatori sanitari sul Covid-19; nella mancata protezione delle fasce di protezione di protezione maggiormente a rischio; nella assoluta carenza di test virologici/seriologici per il controllo della epidemia; nel mancato controllo delle informazioni da fornire alla popolazione; nella operatività delle Terapie intensive, dei Pronto soccorso e dei reparti covid anche alla luce del documento SIAARTI del 6 marzo 2020²⁶.

²⁶ M. IANNUCCI, [Come una crisi infettiva epidemica può trasformarsi in una apocalisse](#), in *Diritto penale e uomo*, 17.06.2020, p. 1 ss.

Vero tutto questo, allora la questione si sposta su un altro punto problematico, quello che considero davvero decisivo, sempre, quale che sia la situazione di normalità o di emergenza, in ordine al tema della responsabilità dei vertici: la prevedibilità/conoscibilità della situazione di rischio, nonché il problema della eventuale sottovalutazione del rischio. Si pensi a quanto avvenuto rispetto al caso Thyssenkrupp, come anche al disastro di Viareggio e alla vicenda del terremoto dell'Aquila.

Non è nostro compito ricostruire i fatti, ma alcuni passaggi significativi sono già stati ricostruiti. Così, c'è chi ricorda come «da tempo l'Organizzazione Mondiale della Sanità mette in guardia sull'arrivo di una nuova pandemia. Dal 2011, l'OMS ha creato il PIP, *Panic Influenzal Preparedness*, in cui si legge che "l'implementazione di misure di risposta possono essere rafforzate con attività di preparazione avanzata [...] del resto è vero che il Covid-19 è un virus nuovo, ma SARS e MERS, anch'essi coronavirus, sono noti da tempo. Per tutto il 2019 fioccano report dell'OMS, puntualmente riportati dal Ministero della Salute, su casi di MERS nei Paesi mediorientali in cui si incoraggia "la sorveglianza delle infezioni respiratorie acute" e si invita a "rivedere con attenzione eventuali ricorrenze insolite», per concludere, riportando le parole del professor Pierfrancesco Belli: «dal 2009 il Ministero della Salute ha registrato una successione di allarmi e di infezioni virali con i connessi rischi pandemici (e relative azioni su servizi di sorveglianza, risposta rapida, prevenzione e controllo) per suina, aviaria, nuovo coronavirus (n.CoV), Mers, Sars e ora Covid-19. Eppure non è stato fatto nulla»²⁷.

Sotto il secondo profilo, relativo alla normazione successiva allo scoppio dell'emergenza, si può pensare alle eventuali responsabilità derivanti dalla violazione della disciplina contenuta nei decreti legge poi convertiti, nei d.p.c.m. e nelle varie ordinanze: ecco perché abbiamo parlato di pannormativismo.

Così, ad esempio, il 30 gennaio l'OMS dichiara l'emergenza pandemica, tempestivamente il 31 gennaio 2020 il Governo compie la stessa dichiarazione, dopo di che si apre un lungo periodo di indubbia inerzia accompagnata dall'invito da parte di tutte le autorità a "vivere una vita normale"; il 21 febbraio si registrano i casi di Codogno e si passa *d'emblée* da "è un'influenza normale" al blocco totale e allo "state a casa"; il 23 febbraio viene adottato il d.l. n. 6/2020, poi abrogato dal d.l. n. 19/2020, mentre è soltanto dopo il provvedimento del 21 marzo relativo ai *runners*, che il 25 marzo viene adottata l'ordinanza che prescrive tamponi a tutto il personale medico. Se alcune Regioni, come il Veneto (16 marzo 2020), hanno anticipato il Ministero della salute, altre, come la Lombardia, lo hanno imposto molto tempo dopo, vale a dire il 13 aprile.

Senza considerare, per concludere, che se dovessimo accedere all'idea che tutta questa normazione precedente e concomitante all'emergenza pone regole cautelari

²⁷ G. CEDRONE, *Avvisi ignorati, zero scorte di dpi, scarsa sorveglianza epidemiologica: il flop del Piano pandemico fermo a dieci anni fa*, in www.sanitainformazione.it, p. 1, dove nelle ulteriori dichiarazioni del prof. Belli si può leggere: «gli obiettivi di sanità pubblica non sono rispettati già dalla fase 0 del periodo interpandemico per sottovalutazione del rischio e quindi dei livelli 0 e 1 e a calare tutte le fasi successive non avrebbero identificato i rischi [...] nella fase iniziale interpandemica che nel nostro caso corrisponde più o meno al mese di febbraio, si sottolinea nel piano la necessità di individuare "appropriati percorsi per i malati o sospettati tali" e "censire le disponibilità di dispositivi meccanici per l'assistenza ai pazienti"».

anche scritte, si apre poi la questione dell'eventuale profilo della colpa generica, non potendosi dimenticare che, in ordine alle modalità di gestione dell'emergenza, si tende ormai a distinguere tra il modello Veneto e quello Lombardia²⁸.

3.2.3. La questione dello scudo dei vertici politico-amministrativi.

Per quanto riguarda il tema dello scudo, vedo problematica la sua estensione ai vertici amministrativi e/o politici, per una ragione fondamentale: se appartiene proprio ai doveri amministrativi e politici organizzare gli strumenti per fronteggiare eventuali emergenze, prevedere uno scudo sarebbe disfunzionale e irragionevole e suonerebbe come una sorta di immunità politica riconosciuta *ex post* ponendosi così anche problemi di legittimità sul piano della ragionevolezza.

Piuttosto, in termini generali, sembra essere venuto il momento di aprire una riflessione sulla responsabilità politico/amministrativa pubblica colposa, anche per verificare se tale responsabilità necessiti di un trattamento peculiare in virtù di alcune sue caratteristiche. Insomma, è ormai a tutti evidente come non si possa più parlare di colpa, ma di colpe, a seconda dei settori in cui la colpa viene in gioco, modulando in termini diversi le responsabilità: nella colpa medica deve essere ormai considerato un dato acquisito la necessità di delimitarla ad ipotesi peculiari in ragione di indiscutibili peculiarità del rischio medico colposo; nella circolazione stradale, risulta plausibile un incremento di responsabilità soprattutto in presenza della violazione di regole cautelari che alterano l'intera attività (ubriachezza ed effetto stupefacente), mentre altre scelte orientate a parificare gravi violazioni cautelari alla guida in stato di ebbrezza suscitano notevoli perplessità, in considerazione – tra l'altro – della componente di casualità insita nella colpa stradale; ed infine, in ambito lavorativo, è la particolare vulnerabilità del lavoro a giustificare una maggiore gravità delle morti o lesioni cagionate dal datore di lavoro in violazione delle norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Ebbene, la questione diventa: la particolare attività organizzativa di tipo amministrativo e/o politico può legittimare una peculiare disciplina della responsabilità colposa dei vertici organizzativi orientata a delimitare la responsabilità per ipotesi peculiari oppure ad attenuarla in ragione di particolari caratteristiche? Oppure addirittura si dovrebbe concludere per una responsabilità più grave? Tutte questioni che è legittimo porre e che è venuto il momento di affrontare.

4. Le responsabilità per le morti del personale sanitario.

Questo tema si può considerare estraneo alla mia relazione, perché si passa da problematiche di responsabilità dei vertici connesse alla colpa medica a problematiche di responsabilità connesse alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

²⁸ M. TEDESCHI, *Il Grande flagello. Covid-19 a Bergamo e Brescia*, Brescia, 2020, p. 36 ss. e p. 40 ss.

Ma mi siano consentite alcune riflessioni per impostare il ragionamento in un ambito che ci risulta nella sostanza inedito.

La questione covid sicurezza lavoro si pone oggi soprattutto per la fase *post* emergenza, con riferimento alle attività imprenditoriali diverse da quelle sanitarie: con l'apertura della fase 2 e il ritorno all'esercizio delle attività, si è operato in modo tale che alla fin fine il rischio covid entrasse nella nuova organizzazione a tutela del lavoratore.

Diversamente, una riflessione relativa alla fase dell'emergenza concernente covid lavoro con specifico riferimento alle attività sanitarie sembra passata del tutto in secondo piano, nonostante le forti tensioni che si sono venute a creare ad esempio a Bergamo tra il personale medico e la dirigenza sanitaria²⁹.

In particolare, per quanto riguarda le responsabilità da coronavirus del datore di lavoro in fase *post* emergenza, si tratta di un tema di estrema rilevanza anche per le problematiche che si pongono proprio in tema di colpa e può costituire un esempio concretissimo di quanto abbiamo detto all'inizio di questo lavoro, allorché si è affermato che il pannormativismo non solo incrementa le ipotesi di responsabilità colposa, ma anche gli spazi per la colpa generica³⁰.

Ed infatti, muovendo dall'idea che le previsioni contenute nelle lettere z) e gg) dell'art. 1, comma 2, d.l.n. 19/2020 «operano una positivizzazione della regola cautelare da adottare per lo specifico rischio, nel peculiare contesto delle attività di impresa la cui prosecuzione è consentita» e che quindi «il legislatore ha identificato un fattore produttivo di rischio e una misura in grado di ridurre tale rischio», con grande acume e rigore concettuale non solo si è affermato che «l'enunciazione della regola segnala l'esistenza del rischio e la necessità della adozione della misura impone di riconsiderare l'intera morfologia aziendale»; ma «di più: la regola positivizzata della quale stiamo trattando ha in realtà carattere elastico», con la conseguenza che «le misure concordate tra le parti sociali e condivise dal Governo si pongono come punto di riferimento per l'individuazione delle misure prevenzionistiche ritenute allo stato, necessarie per ridurre il rischio Covid-19, ma ciò non esclude che esse possano essere insufficienti quando emerga che rappresentano non già le misure suggerite dalla scienza e dalla tecnica del tempo presente, ma l'esito di un compromesso tra esigenze economiche ed esigenze di tutela della salute individuale e collettiva»: e se da un lato ciò significa che «solo una esplicita presa di posizione del legislatore può permettere che un nucleo di misure, che non esauriscono le cautele disponibili, sia valutato come integrale adempimento dell'obbligazione prevenzionistica», dall'altro lato, lascia intendere che il

²⁹ V. ancora ampiamente M. TEDESCHI, *Il Grande flagello*, cit., p. 109 ss.

³⁰ Il tema sembra essere letteralmente esploso: S. DOVERE, [Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi](#), in *Giustizia insieme*, 21.06.2020, p. 1 ss.; ID., [La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19](#), *ivi*, p. 1 ss.; C. CUPELLI, [Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?](#), in questa *Rivista*, 20.06.2020, p. 1 ss.; O. DI GIOVINE, [Coronavirus, diritto penale, responsabilità datoriali](#), *ivi*, 24.06.2020, p. 1 ss.; G.P. ACCINNI, [La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "covid-19". Ritorno al futuro del diritto penale](#), *ivi*, 26.6.2020; V. MONGILLO, [Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia](#), *ivi*, 26.6.2020, p. 305 ss.; L. GESTRI, [Il rapporto fra normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?](#), *ivi*, n. 6/2020, p. 271 ss.

rispetto delle regole cautelari scritte non è risolutivo potendo residuare una colpa generica³¹.

Ebbene, due considerazioni sul punto. Da un lato, deve imporre una riflessione attenta l'inserimento del rischio covid nella valutazione del rischio di qualsiasi attività. Nonostante i suoi ritardi, superata l'emergenza attraverso il coinvolgimento dell'intera popolazione, il Governo sembra voler coinvolgere chiunque anche nella fase 2 nell'opera di contenimento del virus, intendendosi per chiunque non soltanto il singolo in un controllo verso se stesso, ma il singolo in un controllo verso gli altri: aspetto normativo delicatissimo su cui occorre indagare approfonditamente. Dall'altro lato, attenzione a non far residuare la colpa generica sulla base di maggiori pretese conoscitive piuttosto che sulla base della trasformazione del rischio. Problema questo che si pone costantemente quando nonostante il rispetto di regole cautelari forgiate sulla conoscenza media si fa residuare regole cautelari forgiate su un parametro superiore, oppure quando a regole cautelari scritte basate sulla precauzione si fanno residuare regole non scritte magari comprensive del dovere di informazione: si tratta di orientamenti che devono essere censurati con rigore.

Ebbene, buon senso vorrebbe che da un lato si individuassero poche regole, ma chiare e ferree la cui adozione si deve considerare necessaria e sufficiente a fronteggiare il rischio covid al netto di trasformazioni di rischio che devono tuttavia attenere alla sua presenza e diffusione; dall'altro lato, e questo è forse l'aspetto centrale su cui si dovrebbe lavorare, ma del tutto assente nel dibattito anche pubblico, si dovrebbero elaborare vere e proprie soglie di rischio attraverso parametri e procedure trasparenti in presenza delle quali si fanno scattare – per così dire – quasi automaticamente, corrispondenti misure da considerare necessarie e sufficienti.

Sotto il secondo profilo della responsabilità datoriale per le morti del personale sanitario, nonostante che il tema sembri essere passato in secondo piano, problemi di responsabilità dei vertici se ne potrebbero porre e seriamente, proprio in virtù dei piani di emergenza. Insomma, quanto affermato per le responsabilità dei vertici con riferimento alla colpa medica vale, e forse a maggior ragione, per la colpa lavorativa. Dovendosi osservare come, superati i non pochi problemi in ordine all'accertamento della causalità a cui abbiamo accennato, in queste ipotesi le responsabilità possano davvero salire, in quanto gli eventuali vertici amministrativi potrebbero far valere la propria irresponsabilità evidenziando i difetti organizzativi dei vertici politici.

4.1. Una problematica inedita concernente i vertici: l'intreccio tra responsabilità per la morte dei pazienti e responsabilità per la morte del personale sanitario.

Con riferimento alla responsabilità dei vertici per le morti del personale medico, non si può fare a meno di osservare come, in forma per la verità inedita a quanto ci

³¹ S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, cit., p. 6 ss.

consta, tale questione si possa intrecciare a quella della responsabilità sempre dei vertici per le morti dei pazienti.

Sul piano della colpa, là dove si salisse nella individuazione delle responsabilità sia per le morti dei pazienti sia per le morti del personale medico, una delle questioni che si potrebbe porre attiene all'auto-esposizione a pericolo da parte del medico come causa di esclusione della responsabilità dei vertici, sia riguardo alla morte dei pazienti che alla morte dello stesso personale medico: si pensi al personale medico che ha compiuto la propria attività senza i dispositivi di protezione individuale oppure consapevole della propria positività.

In buona sostanza, come avviene all'interno della responsabilità del datore di lavoro, ci dobbiamo confrontare con quello che potremmo definire il comportamento abnorme del medico.

Ebbene, ancora una volta a me pare decisiva la questione del rischio. Si deve infatti considerare che se si assume come esistente un rischio del tutto peculiare a carattere emergenziale, tale situazione determina un riassetto delle cautele, per cui il comportamento del medico non risulta abnorme ma alla fin fine perfettamente consentaneo al rischio che deve essere fronteggiato. Anche perché l'auto-esposizione è finalizzata a salvare vite: insomma, come abbiamo già visto, il personale medico non è un lavoratore qualunque, ma è un lavoratore che ha una posizione di protezione nei confronti del paziente.

Detto diversamente, non si creda che vi sia contraddizione tra l'escludere la responsabilità del medico per la morte del paziente in ragione dell'emergenza e il far permanere una eventuale responsabilità del datore per difetto organizzativo allorquando il medico ha affrontato l'emergenza. Anzi, si deve ritenere che vi sia perfetta coerenza, proprio perché la situazione di rischio emergenziale che esclude la responsabilità del medico allarga alla responsabilità dei vertici, là dove si possa parlare di prevedibilità della situazione di rischio.

5. Considerazioni conclusive.

Per concludere vorrei compiere tre riflessioni.

La prima, generalissima, che potremmo definire addirittura di "giustizia distributiva", riguarda per l'appunto la distribuzione complessiva delle responsabilità per fronteggiare il rischio coronavirus. Ebbene, non si può fare a meno di osservare come ancora una volta si vengano a creare dei veri e propri paradossi. Un paradosso concernente la fase dell'emergenza, per cui se non si esita a porre problemi di responsabilità del personale medico per la morte dei pazienti, si esita invece a porre problemi di responsabilità dei vertici, non solo per la morte dei pazienti, ma anche per la morte del personale medico. Un paradosso, inoltre, nella comparazione tra distribuzione delle responsabilità nella fase 1 dell'emergenza e nella fase 2 successiva, per cui mentre nella fase 1 dell'emergenza c'è per l'appunto la tendenza a trascurare la rilevanza del rischio covid nella attività organizzativa e politica nonostante la presenza di Piani nazionali e regionali per affrontare testualmente "pandemie influenzali", nella

fase 2 non si esita a inserire il rischio covid ovunque. Se poi si considera che sono proprio i vertici politici tendenzialmente irresponsabili per la fase dell'emergenza a prevedere le regole della fase 2 gravanti sui datori di lavoro, il tutto crea quella sensazione di frustrazione che si genera ogni volta in cui il peso delle responsabilità è interamente tolto dalle spalle dei vertici per essere interamente collocato sulle spalle della popolazione.

In secondo luogo, è evidente che la responsabilità colposa sta penetrando e si sta diffondendo ovunque. Il vero tema diviene la giustificazione, il fondamento e la ragionevolezza della distinzione tra realtà private e realtà pubbliche, tra vertici imprenditoriali e vertici politico/amministrativi. Stesso problema si pone per la responsabilità degli enti. Insomma, da un lato, rispetto a realtà imprenditoriali private si è congegnata una responsabilità ampia, onnicomprensiva, a volte dal volto anche molto duro, sia sul piano individuale che collettivo. Dall'altro lato, rispetto a realtà alla fin fine organizzative come quelle private si consegna una responsabilità fortemente monca, ancora una volta sempre sul piano individuale e collettivo. La domanda è: tutto questo ha senso? Quali sono le differenze che giustificano un trattamento così differenziato?

Infine, il rischio covid. Se ha senso che questo rischio penetri nella nostra attività quotidiana, tuttavia è necessario che, da un lato, siano individuate poche regole e chiare alle quali attenersi e da considerare necessarie e sufficienti per escludere qualsiasi responsabilità, e che, dall'altro lato, siano determinate soglie di rischio con procedure controllabili e trasparenti alle quali corrispondano queste regole chiare, da far valere anzitutto in ambiti territoriali ben definiti. Ciò consentirebbe non solo di trovare un equilibrio in ambito colposo, ma anche sul piano delle libertà, al fine di evitare due cose: la grande incertezza di questa fase, in cui esiste sempre l'emergenza, ma sta riprendendo la vita normale e la normazione prodotta non si sa a quale situazione di rischio si riferisca, se a quella che ha caratterizzato il lockdown oppure quella per l'appunto successiva; e che in presenza di eventuali focolai si adottino misure esorbitanti sia sul piano spazio-temporale, che sul piano contenutistico, non potendosi dimenticare il rischio di strumentalizzazione politica che sta dietro a ogni situazione di emergenza.