

Riflessioni sulla limitazione del “rischio penale” dei sanitari al tempo del Covid-19

SOMMARIO: 1. Covid-19 e rischi penali – 2. I limiti della disciplina “Gelli-Bianco” – 3. Gli strumenti del “diritto vivente” per limitare le responsabilità penali – 4. La necessità di una disciplina ad hoc: i recentissimi interventi legislativi

1. Covid-19 e rischi penali

La pandemia di Covid-19 ha imposto alla scienza penalistica di riflettere su una molteplicità di questioni, tra le quali, secondo quanto sostenuto da più parti, vi è il rischio (che ha già iniziato a concretizzarsi) di un'ondata di procedimenti penali nei confronti dei professionisti sanitari impegnati a fronteggiare l'emergenza.

La portata dell'epidemia ha infatti messo sotto grande pressione gli esercenti le professioni sanitarie: ha imposto loro scelte drammatiche su *chi* curare¹, li ha costretti a lavorare interamente “*off label*”, secondo moduli organizzativi emergenziali, con scarse risorse a disposizione e, spesso, a rischio della propria incolumità.

Come noto, infatti, l'emergenza ha reso necessaria una complessiva riorganizzazione di numerose strutture, per fare spazio, isolare e curare i pazienti affetti dalla nuova infezione con complicanze polmonari. Farmaci e apparecchi, non disponibili per tutti i malati, sono stati contingentati. Professionisti di ogni

¹ In argomento, il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, in www.bioetica.governo.it, 8 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff. Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino. Nella dottrina penalistica, sul tema, in particolare G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5 maggio 2020.

specializzazione sono stati chiamati a effettuare turni di lavoro massacranti e a combattere la pandemia “a mani nude”; mentre giovani laureati, specializzandi e pensionati hanno dovuto sopperire alle carenze di personale. Inoltre, per trovare una cura in grado di debellare l’infezione si è proceduto “per tentativi”, senza poter fare affidamento su evidenze scientifiche condivise.

Nel frattempo, nonostante i coraggiosi sforzi messi in campo, il virus ha proliferato per settimane, mietendo un numero enorme di vittime, molte delle quali tra gli stessi medici ed infermieri.

Questo scenario eccezionale ha dilatato il “rischio penale” dei professionisti sanitari, da un lato moltiplicando le probabilità di errori, per quanto spesso “incolpevoli”; dall’altro aprendo la possibilità che dei numerosissimi eventi avversi vengano successivamente accusati gli stessi operatori, anche a prescindere da effettive responsabilità.

Si è così giunti a sostenere che, quanto a mole di procedimenti giudiziari, il Covid-19 potrebbe costituire il “nuovo amianto” in molte giurisdizioni occidentali, dando luogo ad una rinnovata sovraesposizione giudiziaria dei medici, anche sul piano penale².

2. I limiti della disciplina “Gelli-Bianco”

La questione della responsabilità medica in relazione al Covid-19 ha fin da subito investito l’opinione pubblica a partire dalla fine di marzo 2020, in seguito alla lettera indirizzata dal Presidente FNOMCeO, Filippo Anelli, al Consiglio Nazionale Forense, nella quale esprimeva preoccupazione per le iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati, candidatisi pubblicamente a rappresentare le famiglie delle vittime dell’epidemia. I principali organi istituzionali forensi hanno assunto posizioni di grande durezza nei confronti degli iscritti autori di tali “bassezze” deontologiche, promettendo ripercussioni a livello disciplinare.

² Si veda E. ALLABY, *Here comes the first wave of coronavirus lawsuits*, in *www.wired.com*, 5 maggio 2020.

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

Ciò appare singolare dal momento che, come noto, la colpa professionale è stata oggetto di una corposa riforma soltanto quattro tre anni fa, con la legge n. 24/2017: in fondo, la generale apprensione per una prevedibile ondata di procedimenti penali intentati nei confronti di professionisti sanitari sembra proprio testimoniare, una volta di più, le criticità della disciplina penalistica approntata da quell'intervento normativo, meglio noto come "Gelli-Bianco"³, che mirava a circoscrivere definitivamente il ruolo del diritto penale in ambito medico in vista di uno storico cambio di paradigma dalla "repressione" alla prevenzione della *Malpractice*⁴.

Nel quadro normativo attuale l'unico argine diretto alla responsabilità penale per colpa degli esercenti le professioni sanitarie è costituito dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto appunto nel 2017, a norma del quale, nei casi di omicidio e lesioni personali colpose, «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Si tratta di una norma dalla formulazione ermetica, foriera di così «*alti dubbi interpretativi*» – si è parlato persino di «*drammatica incompatibilità logica*»⁵ – che a soli nove mesi dalla sua entrata in vigore è stato necessario un chiarimento da parte delle

³ Per osservazioni critiche in merito, il volume interdisciplinare G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017.

⁴ Sull'incompatibilità tra i due modelli, O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "Disegno di Legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 386 ss.

⁵ Cfr. *Cass. pen.*, 20 aprile 2017, n. 28187 (rel. Blaiotta e Montagni).

Sezioni unite penali della Cassazione. È così che, nel febbraio 2018, la Corte ha definito i confini di applicabilità della nuova norma, stabilendo che l'esercente la professione sanitaria può essere chiamato a rispondere della morte o delle lesioni del paziente generalmente anche a titolo di colpa lieve; tuttavia, se l'evento si è verificato per un'imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, allora, il sanitario è punibile solo per colpa grave⁶.

In sostanza, la colpa grave costituisce il metro di valutazione della condotta del sanitario soltanto se: ha osservato una linea guida il cui percorso formale di accreditamento si completa con la pubblicazione nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità; nell'osservarla ha commesso un errore di natura esecutiva; tale errore è riconducibile all'imperizia – categoria sfuggente, sostanziata dalle imprecisioni di natura tecnica, ma che, nella prassi giurisprudenziale, ha subito un notevole “svuotamento” in favore di imprudenza e soprattutto negligenza⁷.

A prima vista, sembrerebbe una decisione penalizzante per i medici. Al contrario, la Corte si è spinta fin dove poteva nella protezione dei professionisti sanitari, “recuperando” il grado della colpa, che già caratterizzava il testo del precedente decreto “Balduzzi”, nonostante il legislatore non lo avesse contemplato nella norma. La decisione sul piano tecnico, peraltro, fa da *pendant* a una motivazione particolarmente “garantista”, che apre, con toni che non hanno precedenti, ad un regime penale della responsabilità medica diverso da quello di tutti gli altri professionisti.

Nondimeno, lo spettro applicativo della causa di non punibilità dell'art. 590-*sexies* c.p. resta, come evidente, assai circoscritto⁸ e la disciplina introdotta dalla legge

⁶ Cfr. Cass. pen., S.U., 31 marzo 2016, n. 22474 (rel. Vessichelli). Per un commento, ad esempio, C. CUPELLI, *L'anamorfofi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1969 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell'imperizia e “antiche” incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, 25 ss.

⁷ La nozione di imperizia, affiancata nell'art. 43 del codice penale a negligenza ed imprudenza, si è dimostrata negli anni assai manipolabile da parte della giurisprudenza, quasi sempre in senso punitivo per i professionisti sanitari.

⁸ Tanto che sino ad oggi si registrano pochissimi casi di applicazione della norma. Tra questi, Trib. Parma, 18 dicembre 2018, n. 1584, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019, con commento di M.L. MATTHEUDAKIS, *Colpa medica e legge Gelli–Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell'art. 590-sexies, co. 2, c.p.*

“Gelli-Bianco” pare tutt’altro che adatta a fronte della portata dell’emergenza sanitaria da Covid-19.

Non foss’altro perché l’operatività della riforma è *sempre* condizionata al rispetto di linee guida accreditate, quando, invece, la diffusione di una infezione nuova non può che riverberarsi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate. Da quanto è dato sapere, infatti, la cura del Covid-19 avviene interamente “*off label*”, nella speranza che i farmaci provati abbiano un effetto antivirale utile a debellare l’infezione polmonare. Si tratta, dunque, di uno scenario che molto difficilmente può essere attinto dalla disciplina introdotta nel 2017.

3. Gli strumenti del “diritto vivente” per limitare le responsabilità penali

Ad uno sguardo più approfondito, tuttavia, il “diritto vivente” offrirebbe uno strumento più efficace dell’art. 590-*sexies* c.p. per contenere le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie alle prese con la cura del virus. Si tratta dell’art. 2236 del codice civile, a norma del quale il professionista, qualora si trovi ad affrontare problemi di speciale difficoltà, risponde solo per dolo o *colpa grave*⁹.

Sebbene civilistica, tale disposizione è stata utilizzata per lungo tempo – all’incirca fino agli inizi degli anni ’80 – dalla giurisprudenza penale per giustificare sentenze di proscioglimento nei confronti dei sanitari, che in quel periodo venivano condannati solo qualora si fossero resi responsabili di errori davvero grossolani e macroscopici. Per colpa grave, appunto.

Gradualmente poi, in coincidenza col tramonto del paradigma “paternalistico”, l’art. 2236 c.c. è stato abbandonato dai giudici penali. Ne è conseguito lo scivolamento da un regime incentrato sulla colpa grave alla punibilità “a tappeto” di ogni forma di colpa, che è senza dubbio tra le cause all’origine della ancora attuale sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari¹⁰.

⁹ In dottrina, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

¹⁰ Per un approfondimento, G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell’errore medico. Tra riforme “incompiute”, aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2019, 1 ss.

Va segnalato che, recentemente, un orientamento giurisprudenziale ha provato a rilanciare l'art. 2236 c.c. nei giudizi penali per *medical malpractice*¹¹.

Per certi versi, il presupposto applicativo dell'art. 2236 c.c. della speciale difficoltà della prestazione sembra adattarsi bene alla situazione emergenziale creatasi. La Corte di Cassazione, infatti, ha riconosciuto come il coefficiente di difficoltà di una prestazione medica, per quanto talvolta contenuto “sulla carta”, possa aumentare in forza di fattori organizzativi o della presenza di situazioni emergenziali.

In questa prospettiva, il contesto della pandemia nel quale i sanitari sono stati chiamati ad operare avrebbe una doppia valenza: da una parte, rendendo i problemi da affrontare di “speciale difficoltà”, giustificerebbe l'utilizzo di un criterio di imputazione più favorevole e selettivo come quello della colpa grave *ex art.* 2236 c.c.; dall'altra parte, potrebbe essere valorizzato, proprio nel giudizio sul grado della colpa, per escludere la rimproverabilità soggettiva degli errori commessi (la c.d. misura soggettiva o di colpevolezza in senso stretto della colpa)¹². In sostanza: anche se la condotta del sanitario non è stata impeccabile, non si può comunque fargliene una colpa per via delle condizioni nelle quali ha lavorato. La norma offrirebbe pertanto una protezione anche a tutti i sanitari che, per ragioni organizzative, si sono trovati ad operare al di fuori del proprio specifico ambito di competenza o senza averne l'esperienza necessaria.

4. La necessità di una disciplina *ad hoc*: i recentissimi interventi legislativi

Da più parti si è comunque insistito sulla funzionalità, quantomeno sul piano simbolico, dell'introduzione di uno “scudo” *ad hoc*. Da questo punto di vista, è evidente come una risposta sul piano legislativo possa avere ben altro impatto sulla potenziale “medicina difensiva dell'emergenza”, tranquillizzando gli operatori circa la loro futura “incolumità” giudiziaria. Senza considerare, poi, la diversa efficacia

¹¹ Si veda, ad esempio, Cass. pen., 1 febbraio 2012, n. 4391 (Rel. Blaiotta).

¹² Cfr. S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.

“deterrente” dispiegata dalle due diverse impostazioni in relazione all’apertura di indagini: a una nuova normativa si ricollega fisiologicamente l’aspettativa di prevenire non solo condanne e processi, ma anche la stessa presentazione delle denunce.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, pronunciandosi sul drammatico tema del «trage in emergenza pandemica» (cioè su scelte eticamente accettabili riguardo all’accesso a importanti trattamenti sanitari eccezionalmente non disponibili per tutti i soggetti che ne abbiano necessità), ha preso posizione con riguardo a questo tema cruciale, auspicando un arretramento dello strumento penale e suggerendo di prendere in considerazione l’idea di limitare per via legislativa la responsabilità penale degli operatori sanitari che hanno affrontato la pandemia: «Il CNB segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell’attuale emergenza pandemica e ritiene che vada presa in considerazione l’idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l’emergenza Covid-19»¹³.

Lo stile compilativo delle prime proposte avanzate – in gran parte sotto forma di emendamenti, poi non approvati, al decreto “Cura Italia”¹⁴ – è apparso particolarmente macchinoso. Da questo punto di vista, gli insuccessi delle riforme “Balduzzi” e “Gelli-Bianco”, anche a confronto con la rinascita dell’art. 2236 c.c. – norma caratterizzata da un testo conciso ma efficace – dovrebbero invece aver lasciato maggiore consapevolezza della necessità di testi di legge non troppo articolati.

Tra le proposte è balenata anche quella di un’esonazione *tout court* da responsabilità penali, una sorta di “amnistia” generalizzata per tutte le condotte realizzate in relazione al Covid-19. Questa soluzione è stata osteggiata anche dagli stessi medici, principalmente poiché offrirebbe uno “scudo” inscalfibile anche alle

¹³ Per i riferimenti del documento, v. *supra*, nota 1.

¹⁴ D.d.l. n. 1766 del 2020: conversione in legge del decreto 17 marzo 2020, n. 18.

figure dirigenziali, esteso fino ai casi in cui una loro colpa organizzativa ha determinato il contagio o la morte degli stessi operatori sanitari. In questa prospettiva, dietro alla retorica “degli eroi” si celerebbe una moratoria di responsabilità “politico-organizzative”.

Peraltro, oltre ad equiparare medici e area manageriale, la proposta di una protezione totale da responsabilità colpose avrebbe l'effetto di mettere sullo stesso piano diverse realtà del Paese, garantendo l'immunità anche a possibili condotte gravemente colpose eventualmente maturate in contesti appena sfiorati dal virus.

Nessuno degli emendamenti chiariva se la limitazione della responsabilità penale si riferisse esclusivamente ai sanitari che hanno direttamente avuto a che fare con il Covid-19 o potesse estendersi anche a prestazioni mediche di altro genere. Non va trascurato, infatti, che molte strutture hanno completamente riorganizzato anche altri reparti, per fare spazio ai malati della pandemia o trasferendo parte del personale per fronteggiare l'emergenza. È evidente come questi riassetti potrebbero aver influito anche sulla qualità dell'assistenza prestata ad altri malati per altre patologie e potrebbero talvolta giustificare un trattamento simile a quello riservato ai sanitari direttamente impegnati con l'epidemia.

Alla luce di tutti questi interrogativi, la soluzione che pare più ragionevole è quella di prevedere una generalizzata limitazione della responsabilità penale alla colpa grave, non circoscritta alla sola imperizia ma estesa a negligenza ed imprudenza, sempre che abbia davvero senso distinguere nettamente queste ultime dalla prima. Rispetto a una disciplina del genere, si è anche proposto di tenere conto, nella valutazione del grado della colpa, e quindi della affermazione di responsabilità, dei fattori organizzativo-contestuali (il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio emergenziale, l'eventuale eterogeneità della prestazione

rispetto alla specializzazione del singolo operatore, il livello di pressione e/o urgenza, anche in relazione alla diffusione della pandemia nella specifica area geografica)¹⁵.

Il legislatore è finalmente pervenuto alla formalizzazione di una disposizione *ad hoc* nella primavera del 2021. Per l'esattezza, sono due diverse le discipline concepite in favore del sanitario¹⁶.

Dapprima, si è provveduto con il d.l. 1° aprile 2021, n. 44, il cui art. 3 («Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2») ha introdotto un'ipotesi di esclusione della punibilità dei sanitari addetti alla vaccinazione per le fattispecie di omicidio colposo e lesioni personali colpose, a condizione che l'uso del vaccino «risulti conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e nelle circolari del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

Si tratta dell'intervento tra i due meno decisivo sul piano strettamente penalistico, considerato che in questo caso la punibilità viene esclusa rispetto a comportamenti che comunque non la meriterebbero, perché conformi a regole cautelari ampiamente standardizzate e la cui validità è sostanzialmente “garantita” a livello istituzionale. La norma ha evidentemente il senso, più che altro simbolico, di rassicurare i sanitari sulle conseguenze di un'attività rispetto alla quale (a prescindere da interventi del genere) vanno senz'altro scongiurati rallentamenti o atteggiamenti di medicina difensiva, che astrattamente avrebbero potuto seguire le notizie di decessi “in prossimità” temporale alla somministrazione del vaccino, con conseguenti (anche se forse non davvero indispensabili) iscrizioni nel registro degli indagati dei sanitari “coinvolti”.

Decisamente più in linea con le aspettative affacciate in queste pagine è il secondo intervento normativo, sempre formalmente incardinato nel d.l. 1° aprile

¹⁵ In questi termini già C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020.

¹⁶ Tra i primi commenti che tengono conto sinotticamente di tali discipline, C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*; P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, entrambi in *Sist. pen.*, 1 giugno 2021.

2021, n. 44, ma inserito successivamente dalla legge di conversione 28 maggio 2021, n. 76, in un nuovo art. 3-*bis* («Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19»). In tale art. 3-*bis*, si prevede, al comma 1, che, «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave». Si ha quindi un sostanziale accoglimento di una prospettiva da più parti caldeggiata, con la precisazione, al secondo comma, che «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

In questo modo, si compie un deciso passo avanti nella tutela dei sanitari impegnati in prima linea nel far fronte alla pandemia. Peraltro, sembra da ritenersi che tali indicatori della colpa grave, per quanto selezionati dal legislatore con sufficiente calibro, siano non tassativi, lasciando spazio al giudice per l'apprezzamento di eventuali altri fattori capaci di incidere sulla valutazione. Emerge, in ogni caso, un quadro di significativa valorizzazione dei profili di più autentica colpevolezza del giudizio di responsabilità colposa, cioè quelli attinenti alla rimproverabilità del fatto.

L'auspicio è che da questa esperienza possa maturare la consapevolezza dell'opportunità di un ulteriore passo, non meno importante in una prospettiva di lungo periodo, consistente cioè nel rendere ordinaria (e non più soltanto emergenziale) la limitazione della punibilità alle sole ipotesi di colpa grave, perseguendo un equilibrio migliore tra le istanze di tutela di beni giuridici di livello

indubbiamente elevato, da un lato, e la necessità di riportare entro orizzonti di sufficiente “serenità” (con tutte le implicazioni immaginabili, anche e soprattutto a vantaggio dei pazienti) l’esercizio di un’attività socialmente fondamentale, dall’altro.