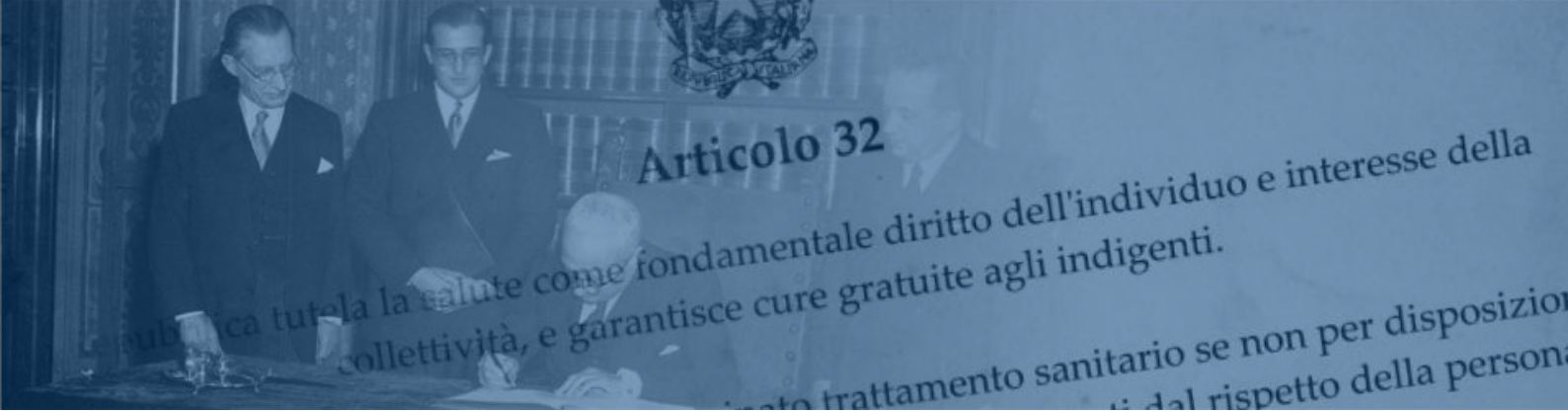


dirittoesalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 1 del 2021 - 30 Aprile 2021
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

diritto esalute
Rivista di sanità e responsabilità medica

Direttore Scientifico:
Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:
Luigi Principato

Numero 1 del 2021 - 30 Aprile 2021
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

DIRITTO E SALUTE

Fascicolo 1/2021

INDICE SOMMARIO

1. G. BALDINI, *Covid-19, medici e infermieri: da eroi a imputati* 1

2. G. BRANDI, *Il coraggio della responsabilità anche all'epoca della pandemia 3*

3. G.M. CALETTI, *La colpa penale in ambito sanitario alla prova dell'emergenza pandemica. Tra responsabilità cliniche ed organizzative* ……..7

4. M. D'AMICO, *Pandemia covid-19: "da eroi a imputati", il personale medico e le sfide dell'emergenza sanitaria* ……19

5. M. PALA, *La responsabilità penale degli operatori sanitari al tempo del Sars - Cov-2. Problematiche* ……..... 31

6. P. POMPEI, *Responsabilità degli operatori sanitari e risk management al tempo del Covid 19*…… *37*

7. M. RIZZUTI, *Responsabilità sanitaria e crisi pandemica: spunti di riflessione dentro e oltre l'emergenza* …… *51*

Gianni Baldini
Docente di Biolaw, Università degli Studi di Siena
Avvocato e Direttore Fondazione PMA Italia

Covid-19, medici e infermieri: da eroi a imputati

INTRODUZIONE

Questo ciclo di 5 incontri che abbiamo il piacere di condividere con alcune delle sigle più importanti dell'approfondimento scientifico e professionale di carattere giuridico e legale nel nostro paese, parte da una semplice constatazione: a distanza di mesi dalle fasi acute della pandemia, medici, infermieri e operatori sanitari acclamati dai balconi col sottofondo dell'inno nazionale rischiano oggi di trasformarsi in imputati, ritenuti responsabili per i danni causati ai pazienti nell'affrontare la pandemia. In tal senso anche le Autorità pubbliche rischiano di essere trascinate nelle aule di giustizia da operatori e cittadini per l'inadeguatezza e la colpevole impreparazione della prima fase emergenziale.

Parimenti dicasi per gli operatori economici che si trovano difronte ad una crisi che dopo aver messo in ginocchio la propria attività, rischia oggi di evolvere in un contenzioso dagli esiti imprevisti ed imprevedibili rispetto alle relazioni contrattuali incise dalla crisi.

In mezzo il sistema giustizia già afflitto da mali atavici rischia definitivamente di collassare difronte al rischio di migliaia di ricorsi e azioni direttamente e indirettamente prodotte dalla situazione emergenziale, sul piano sanitario ed economico, che la pandemia ha provocato

Una responsabilità che, segnatamente alla **relazione di cura**, risulta articolata sotto il profilo **penale** e sotto quello **civile** per i singoli, le strutture sanitarie fino ad arrivare alle **autorità pubbliche** (in primis le Regioni e lo Stato) protagoniste di una colpevole impreparazione, contraddittorietà e inadeguatezza nel porre in essere idonee misure di contrasto per far fronte all'emergenza.

Dunque una responsabilità inerente:

a) l' attività professionale del medico;
b) l'attività sanitaria della struttura;
c) l'attività amministrativa e gestionale del funzionario.

Per non parlare della responsabilità del decisore politico amministrativo (in primis l'ente Regione), nel migliore dei casi per l'impreparazione ad affrontare la pandemia… responsabilità personali, organizzative e politiche si intrecciano creando un inestricabile groviglio che rischia di paralizzare il sistema.

Alcune domande si pongono: in assenza di certezze scientifiche in materia (Linee Guida o buone pratiche mediche cui far riferimento) è possibile fondare una responsabilità giuridicamente rilevante per l'operatore sanitario? Le disposizioni della legge Bianco-Gelli sulla responsabilità professionale possono ritenersi in tal senso adeguate? La norma generale di cui all'art 2236 c.c. può essere utilmente impiegata senza necessità di ipotizzare norme ad hoc (predisposizione di uno scudo della responsabilità).

Quali le conseguenze sotto il profilo civile, penale amministrativo? Quanto al pregiudizio: danno patrimoniale, non patrimoniale, esistenziale? Quanto alla ragione del pregiudizio: risarcibili solo i danni direttamente determinati dal COVID 19 o anche quelli provocati dalla impossibilità di accedere alla struttura sanitaria per curare patologie diverse? Sono prospettabili soluzioni diverse: *compensatio lucri cum danno*; danni punitivi; indennizzo in luogo del risarcimento (per consentire da un lato un

accesso diretto del danneggiato e l'impiego di risorse messe a disposizione *ad hoc* dallo Stato, dall'altro per evitare l'ulteriore ingolfamento della macchina della giustizia con migliaia di ricorsi?

Accanto alle problematiche civili e penali riconducibili alla relazione di cura quelle inerenti le **relazioni contrattuali** incise dalla crisi economica scatenata dalla pandemia e dai pur giusti provvedimenti restrittivi utilizzati per contenerla. Il tema centrale diventa quello delle sopravvenienze negative e dei loro possibili rimedi. Evidente l'inadeguatezza dei rimedi esistenti nell'ordinamento per la gestione di siffatte vicende essendo presenti strumenti estintivi della relazione (risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione [ex art 1463 e 1464 c.c.] o per eccessiva onerosità sopravvenuta [ex art 1467 c.c.] ma non regole generali che consentano la conservazione del contratto attraverso la possibilità offerta alle parti di procedere alla rinegoziazione della relazione e delle connesse originarie pattuizioni, alla luce della sopravvenienza negativa intervenuta. Invero si tratta della possibilità di 'adeguare' o 'correggere' ovvero più semplicemente (con l'espressione invalsa nella civilista) come *redutio ad aequitatem.* Invero, già *de jure condito* il Giudice ai sensi degli art. 1447 e 1448 c.c. (le ipotesi di rescissione) può ricondurre il contratto ad equità. Ripercorrendo l'analisi di tale fenomeno si noterà il crescente potere del giudice volto a tale tipo di riequilibrio, nonché l'ampliamento delle pretese di rinegoziazione delle parti per effetto della buona fede con funzione "integrativa" (la quale impone di rinegoziare ancorché ciò non previsto contrattualmente) e dell'obbligo di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.8 , il quale sta avendo nello stesso senso nell'attuale sistema normativo italiano un impatto dirompente non solo in ambito contrattuale, bensì anche extracontrattuale. In tal senso i principi Unidroit in caso di "gross disparity" (3.2.7 e 3.10 Principi Unidroit)

Sugli aspetti giuridici, etici e deontologici di queste ed altre questioni si confrontano alcuni tra i più autorevoli studiosi ed operatori della materia.

Gemma Brandi
Psichiatra psicoanalista
Esperta di Salute Mentale applicata al Diritto

IL CORAGGIO DELLA RESPONSABILITA' ANCHE ALL'EPOCA DELLA PANDEMIA

Premetto di preferire di gran lunga, all'eroismo evitabile, un antagonismo inevitabile e dunque necessario. Questa anticipazione introduce una prospettiva che si discosta da quella prevalente emersa nel corso del *webinar* al quale l'Associazione degli Avvocati Matrimonialisti mi ha invitata.

"EROI O IMPUTATI": se mi è consentito dirlo, trovo che il titolo dato alla serie di incontri raddoppi il rischio che si è attraversato trasformando in eroi persone costrette a lavorare senza idonei strumenti. *Slogan* simili danneggiano gli operatori sanitari, anziché favorirne la emancipazione dalle ristrettezze insostenibili che hanno fatto di loro dei forzati della salute, altro che degli eroi! Il depauperamento di personale dei Servizi Sanitari Regionali, che va avanti da oltre un ventennio, è noto a chiunque e di una siffatta spoliazione ha risentito giocoforza la quantità delle prestazioni, mentre la perdita di qualità risponde anche a criteri di reclutamento basati sulle appartenenze più che sulle competenze.

In aggiunta, contrapporre, una condizione disperata al punto da esporre le vite di molti operatori della salute, ad altra condizione rischiosa -diventare vittime della giustizia- contribuisce a ergere un solido muro tra la giustizia giusta/conveniente e il cittadino, lo stesso muro che si sostiene di volere abbattere. Pur essendoci di fatto mille buoni motivi per avercela su con la giustizia, specie di questi tempi, è il caso di tenere a mente che, senza, vivremmo tutti molto molto peggio. Accettare oggi un confronto con l'accaduto, mettendo in campo il massimo della obiettività, potrebbe costituire l'utile rilancio della fiducia nella giustizia.

La disamina della responsabilità, sanitaria nella fattispecie o politica in senso lato, richiede l'imparzialità del vaglio e l'equilibrio del coraggio. L'una e l'altro dobbiamo esigere rispettivamente dagli operatori della giustizia e da quelli della salute. Cancellare con un colpo di spugna, con un generico scudo opportunistico, la responsabilità -che non è altro che l'obbligo di rispondere delle proprie scelte, professionali o politiche - sarebbe uno schiaffo assestato in pieno volto ai feriti e ai morti a causa di questa pandemia, sarebbe come girare il dito in una piaga aperta, facendola suppurare. Personalmente non mi schiero a favore di tale opzione e vorrei che facessero altrettanto i miei colleghi sanitari che sanno cosa significhi essere feriti, talora a morte, e che non abbandoneranno i superstiti -ne sono e ne voglio restare convinta- a un silenzio vile, ma onoreranno i morti con una testimonianza mai sgomenta. Una posizione impavida, che trovo terapeutica prima che giusta, richiede energie da

investire, non essendo buona per individui accidiosi, distratti, opportunisti, manipolatori e superficiali. Ed essendo la superficialità il vizio supremo, Oscar Wilde *docet*, nessuno se ne avrà a male se una colpa, anche penale, sia riconosciuta a simili soggetti, almeno si spera.

Per esaminare con serietà l'accaduto e rispondere nel modo più adeguato alla domanda di chiarimento di dubbi o sospetti legittimi, è indispensabile un approccio interdisciplinare: questa pandemia si è mostrata da subito nella sua complessità e i problemi complessi non si affrontano in maniera semplificata, né complicata e confusa, come purtroppo è accaduto, ma in modo composito e competente, moltiplicando e integrando i punti di vista, evitando di tacitarne anche uno solo, cercando quell'equilibrio tra le tutele dei pazienti e degli operatori, degli aiuti da dare, delle raccomandazioni da fare, quell'equilibrio la cui mancanza sembra stupirci e addirittura addolorarci di fronte a fatti di cronaca nera, e che è senza dubbio venuto meno nel quotidiano della pandemia. Equilibrio non è mostrarsi imperturbabili, sorridenti e composti, magari con le mani giunte o conserte, formalisticamente cortesi; equilibrio è ascolto, talora scomodo, e ricerca della soluzione da adottare attingendo alla gerla della nostra esperienza e del nostro sapere. Se questa interdisciplinarità, se questo ascolto equilibrato delle voci che si levano sono mancati prima e durante, non devono mancare ora. Invochiamo dunque una complicità nel bene tra prospettive apparentemente distanti e separate da sciocchi steccati. Penso alla distanza scavata, e dai più ritenuta cosa buona e giusta, tra diritto penale e civile da una parte, tra pensiero economico e sanitario dall'altra. Un movimento che riporti i due rami del diritto a coabitare potrebbe contribuire intanto alla progressiva "civilizzazione" del diritto penale, per non parlare di quello penitenziario, e insieme a trattare su piani non divergenti le richieste di ristoro. Accade invece che sia insterilita la risposta penale, ritenuta eccessiva e pericolosa a prescindere, e ci si limiti ad invocare una monetizzazione del danno subito, mandando in tal modo a ramengo la portata etica della prospettiva penale e alla fin fine pretendendo che il dolore trovi pace in un risarcimento economico. Del pari, come pensare a una sovrapposizione tra pensiero economico e sanitario, laddove economico sta unicamente di nuovo per fattore di risparmio monetario? Forse che, a rigor di logica, il vero risparmio in termini di salute consisterebbe in tagli di spesa poco illuminati di *manager* che, quando in possesso di una laurea sanitaria, si sono ben guardati dall'esercitare il titolo acquisito oppure hanno formazioni tutt'altro che sanitarie? Ad essere risparmiate occorre che siano le sofferenze, grazie a una buona prevenzione e ad una ottima cura, appannaggio di sanitari liberi e competenti, di soggetti istituzionali che si sentano infine autorizzati a dire al *manager* cosa sia necessario per rispettare il piano di risparmio che conta davvero. Peraltro, si tratta in genere di professionisti che offrono la migliore assistenza al più basso costo, sapendo il fatto loro e potendo quindi costruire una organizzazione della risposta all'altezza delle situazioni. Figure siffatte sarebbero state molto utili anche nel momento in cui la pandemia ha agganciato il nostro

Paese, perché avrebbero evitato la grottesca passerella dei pareri contraddittori, volubili, gridati e ben poco argomentati che hanno mostrato ben presto la corda e portato gli italiani fuori strada. In proposito non sarebbe esagerato ricercare responsabilità tecniche non irrilevanti e tali da determinare scelte comportamentali che hanno favorito il contagio e le sue conseguenze.

Se c'è però uno specifico motivo per cui oggi partecipo, quale psichiatra psicoanalista e coordinatore di Diritti in Movimento Toscana, alla iniziativa della Associazione degli Avvocati Matrimonialisti Italiani, questo è da rintracciare nella necessità di tenere a mente che la pandemia, pur avendo colpito duramente tutti noi, ha picchiato con forza mediamente maggiore sulle categorie fragili, ciò che richiede semmai una più ferma battaglia civile a favore di chi necessita del sostegno delle istituzioni e della comunità. Riconoscendo che la pandemia ha creato, inoltre, nuove fragilità, vorrei qui ricordare cosa è accaduto a soggetti preda della malattia mentale.

L'isolamento, il senso di inutilità, l'impoverimento esistenziale, la diffusa paura, l'incuria, la clausura: tutti questi effetti del *lockdown* durante la Covid-19 non sono forse i compagni quotidiani della follia? Se a tali condizioni aggiungiamo bollettini epidemici disorientanti, pareri contraddittori di esperti e il rimpallo delle responsabilità, prende forma un sistema delirante che non si discosta dalla difficoltà di adeguarsi all'esame di realtà e dalla inclinazione proiettiva dello psicotico. Ecco, direi che la pandemia ha avvicinato il vissuto di tutti a quello del malato di mente, contribuendo a fare sentire quest'ultimo meno reietto, nel momento stesso in cui ognuno sperimentava il dissolversi delle pratiche di integrazione. In tal senso il virus ha avvicinato mondi lontani, quello della follia, ma anche quello della detenzione, alle vite della gente comune. Poteva essere una occasione per lanciare ponti che non c'erano o erano troppo deboli -ad esempio, allestire in carcere un *kit* di sopravvivenza per la domiciliazione coatta, da esportare all'esterno- e invece non si è saputo cogliere l'attimo e ci si vedrà costretti a registrare l'amaro passaggio come una occasione perduta.

La presa in carico interdisciplinare dei problemi di salute mentale è senza dubbio la risposta alle esigenze di cura che la malattia pone. Cosa ne è stato di questa rete protettiva nel momento della esplosione pandemica? Occorre fare i conti, intanto, con il livello di servizio erogato fino ad allora. Come nella demenza la perdita risente della disponibilità cognitiva pregressa, anche qui è in gioco il livello di prestazioni BM (*before mask*), senza misconoscere l'altra faccia della medaglia: a maggiori disponibilità corrispondono giocoforza esigenze maggiori. L'unica certezza è che i malati di mente hanno dovuto fare i conti con la riduzione delle risposte fornite. Può darsi che anche i loro bisogni abbiano subito una contrazione -ogni emergenza tiene a bada le nostre pretese- oppure questi si saranno addirittura intensificati a causa di disposizioni limitanti in conflitto con la coazione a ripetere, con irrinunciabili abitudini, con fughe e ritiri. Come negare che una innegabile pena aggiuntiva abbia investito i malati e i loro congiunti?

La maggiore comunanza nel tormento pandemico da una parte e la concomitante rarefazione del sostegno dall'altra, pur nella loro contrapposizione, indicano la strada maestra da perseguire perché il malato di mente non sprofondi nella melma della apatia o non voli nell'occhio del ciclone della furia, Occorre moltiplicare la possibilità di uno scambio reciprocamente vantaggioso e accettare la sfida di riportare all'utile e alla dimensione socialmente compatibile chi se ne allontana: ecco il lavoro che attendeva, attende e continuerà ad attendere la salute mentale. Certo è un lavoro che richiede disposizione e passione prima ancora della formazione, comunque necessaria.

Concludendo, per evitare l'epilogo catastrofico di una disgrazia collettiva non c'è che uno strumento e si chiama prevenzione, un concetto che ha subito nel tempo uno svuotamento rispetto alla emanazione della Legge 833/78 di riforma sanitaria, che lo collocava come centrale. I Dipartimenti di Prevenzione, istituiti all'uopo, hanno finito per occuparsi di molti, forse troppi aspetti e il taglio delle risorse ha fatto il resto. Le cattedre di Igiene delle Università non sono state ritenute centrali neppure al momento della esplosione pandemica: qualcuno ha sentito intervistare un igienista? No. Ad essere ascoltati sono stati virologi, infettivologi, rianimatori, epidemiologi, ma nessun specialista in Igiene, a meno che questo non sia accaduto in luoghi remoti e senza dare alla scelta pubblicità alcuna. Eppure a stilare i piani pandemici sono i Dipartimenti di Prevenzione di concerto con gli igienisti che fanno parte dell'Accademia. E così, alla fine, abbiamo scoperto di non avere gli aggiornati piani pandemici che servono a sapere cosa fare non tanto e non solo in corso di epidemie note, ma soprattutto quando esplodono contagi sconosciuti. E' quindi indispensabile mettere a punto seri piani pandemici utili a tutti, maggiormente ai più fragili. In tal modo si ridurrà il rischio di fragilizzazione sociale. E poi serve la manutenzione delle nostre istituzioni, al pari di quella dei ponti e delle strade. E ancora, se davvero si vuole che i sistemi salute siano efficaci, occorrono la libertà dei competenti, da non asservire in alcun modo, e la fede nella commistione tra degne pratiche e fertile teoria, la fede nei nostri competenti liberi.

Se terremo conto di queste urgenze, potremo dire che la Covid-19 -che è una malattia e non un virus, come correntemente equivocato- ha addirittura migliorato la nostra vita.

Gian Marco Caletti
Assegnista di ricerca in Diritto penale
Libera Università di Bolzano

La colpa penale in ambito sanitario alla prova dell'emergenza pandemica. Tra responsabilità cliniche ed organizzative.

SOMMARIO: 1. Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Un sintetico quadro dell'emergenza e delle direttrici del "rischio penale". 2. Da eroi a capri espiatori? L'instabile equilibrio della colpa professionale alla prova dell'emergenza. – 3. Soluzioni *de iure condito*: la palese inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* c.p. in un contesto di incertezza scientifica. – 4. Verso un'estensione dell'art. 2236 c.c. ai casi dell'emergenza? Potenzialità e incognite. – 5. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità. I possibili scenari a livello legislativo. – 6. Riflessi sul lungo periodo: verso la scoperta di una colpa organizzativa in ambito sanitario?

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

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

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

L'improvvisa impennata nella richiesta di posti letto nei reparti di malattie infettive, pneumologia e terapia intensiva ha reso necessaria una complessiva riorganizzazione di numerose strutture sanitarie, per fare spazio, isolare e curare i pazienti affetti dalla nuova infezione polmonare. Farmaci e apparecchi, non disponibili per tutti i malati, sono stati contingentati. Professionisti di ogni specializzazione sono stati chiamati a farsi carico dell'emergenza, effettuando turni di lavoro massacranti e combattendo la pandemia «a mani nude»[1]; mentre giovani laureati, specializzandi e pensionati hanno dovuto sopperire alle carenze di personale[2]. Per trovare una cura in grado di debellare l'infezione si è proceduto "per tentativi", senza potersi affidare ad evidenze scientifiche condivise.

[1] Espressione utilizzata dal Presidente FNOMCeO Anelli nella lettera aperta al CNF, che fa probabilmente riferimento alla carenza di dispositivi di protezione individuale (guanti, mascherine, ecc.). V. *infra*, nota 6.

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

Nel frattempo, il "*virus*" ha fatto irrimediabilmente breccia anche nelle residenze sanitarie assistenziali – le ormai note "RSA", che accolgono anziani e persone non autosufficienti – mietendo un numero enorme di vittime[3].

L'eccezionale scenario causato dalla pandemia ha quindi, da un lato, moltiplicato le occasioni e le possibilità di commettere errori e, dall'altro, acuito il rischio che, visto l'elevatissimo numero di decessi, degli avventi avversi possano essere successivamente incolpati gli stessi operatori sanitari, anche a prescindere da effettive responsabilità.

Del resto, imputare all'errore di un soggetto responsabile il "male" consente di tenere sotto controllo l'ansia e non ammettere di esserne alla mercé[4]. Ciò tantopiù in una situazione, come quella attuale, in cui la minaccia proviene da una pandemia provocata da un "*virus*" in larga parte ancora sconosciuto.

Per il momento, si è avuta più che altro notizia di indagini orientate ad accertare responsabilità di tipo organizzativo per il mancato contenimento dei contagi, ma da più parti già si paventa la possibilità che il contenzioso, anche penale, dovuto dal "Coronavirus" possa raggiungere i medesimi livelli di quello relativo all'amianto.[5]

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

D'altronde, l'emergenza pandemica ha sin da subito contribuito a rimettere in primo piano il dibattito circa il contenimento della sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari per condotte colpose. La questione ha investito l'opinione pubblica già a partire dalla fine di marzo, in seguito ad una lettera indirizzata dal Presidente FNOMCeO[6], Filippo Anelli, al Consiglio Nazionale Forense, nella quale esprimeva preoccupazione per le iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati, candidatisi pubblicamente a rappresentare le famiglie delle vittime di Covid-19 denunciando in sede penale eventuali negligenze avvenute nel corso delle attività di prevenzione del contagio e/o di cura della malattia. In effetti, in concomitanza del divampare dell'epidemia e dei primi casi di decesso sono apparsi annunci pubblicitari in rete, interviste su quotidiani e persino *brochure* nelle bacheche di alcune strutture ospedaliere.

---

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

[4] Cfr. F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema Penale*, 26 aprile 2020.

[5] V. E. ALLABY, *Here comes the first wave of coronavirus lawsuits,* in *www.wired.com.*

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

I principali organi istituzionali dell'avvocatura – dal Consiglio Nazionale Forense all'Unione Camere Penali Italiane – hanno assunto posizioni di grande durezza nei confronti degli iscritti autori di tali "bassezze" deontologiche, promettendo ripercussioni a livello disciplinare[7].

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

In questa prospettiva, sembra del tutto singolare che ad essere sotto i riflettori per via dell'epidemia sia una questione penalistica "classica" come la responsabilità colposa dei professionisti sanitari, già oggetto di due riforme ancora recenti (2012 e 2017) e talmente dibattuta negli ultimi anni che non pare fuori luogo la nota metafora del "fiume di inchiostro"[8].

In fondo, il riproporsi del problema sembra proprio confermare, una volta di più, il radicale fallimento della disciplina penalistica approntata dalla legge n. 24/2017, nota come "Gelli-Bianco", che mirava a circoscrivere definitivamente il perimetro dell'illecito colposo in ambito sanitario, in vista di un cambio di paradigma dalla repressione alla prevenzione[9].

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

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

Nella disciplina attuale l'unico argine (diretto) alla responsabilità colposa degli esercenti le professioni sanitarie è costituito dal secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p.[10].

Tuttavia, come noto, l'ermetica formulazione della norma introdotta dalla riforma "Gelli-Bianco" è stata sin da subito foriera di «*alti dubbi interpretativi*» e la «*drammatica incompatibilità logica*» di alcuni passaggi testuali della nuova norma ha condotto, a soli nove mesi dalla sua entrata in vigore, ad un intervento delle Sezioni unite penali[11]. È così che nel febbraio 2018 la sentenza "Mariotti" ha ridefinito i confini di applicabilità della nuova norma, stabilendo che l'esercente la professione sanitaria può essere chiamato a rispondere della morte

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

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

[9] 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 *CP*, 2017, 386 ss.

[10] 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».

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

o delle lesioni del paziente generalmente a titolo di colpa lieve; se, tuttavia, 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 grave, tenuto conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico[12].

Lo spettro applicativo della causa di non punibilità incentrata sul grado della colpa individuata dalla sentenza "Mariotti" è – come evidente – assai circoscritto[13].

Peraltro, il giudice di merito che voglia applicare il secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p. corre il pericolo di rimanere sopraffatto dalla molteplicità degli ostacoli interpretativi da superare[14]. Vi è infatti anzitutto da distinguere tra l'errore di *adattamento* della linea guida allo specifico caso clinico e l'errore nella *scelta* di una linea guida in partenza *inadeguata* rispetto alla situazione affrontata, nel qual caso bisogna abbandonare l'"impresa" e valutare la sussistenza di una colpa lieve. La causa di non punibilità si estende, infatti, solo ad errori esecutivi, ma la distinzione appare quantomai labile[15].

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

Infine, il giudice deve domandarsi se l'errore esecutivo può essere riconducibile al *genus* dell'imperizia; per quest'operazione, tuttavia, non è dato fare affidamento su condivisi riferimenti interpretativi (v. anche *infra*, § 4).

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

Come è già stato osservato da attenta dottrina, dunque, la disciplina introdotta dalla legge "Gelli-Bianco" pare tutt'altro che adatta a fronte delle specificità dell'emergenza sanitaria da Covid-19[16].

---

[12] Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474 (rel. Vessichelli, ric. Mariotti), in *RIML*, 2018, con nota di M. CAPUTO, 345 ss.; nonché in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2018, con commento di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, 25 ss.

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

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

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

[16] In questo senso, con la consueta chiarezza, già C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020.

Non foss'altro perché l'operatività della causa di non punibilità è *sempre* condizionata al rispetto di linee guida accreditate, quando, invece, la diffusione di una infezione nuova, e in larga misura ancora sconosciuta, non può che riverberarsi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate[17]. Da quanto è dato sapere, la cura del Covid-19 avviene interamente "*off label*", ovvero attraverso l'impiego "fuori etichetta" di farmaci pensati per altre patologie, nella speranza che abbiano un effetto antivirale utile a debellare la nuova infezione polmonare.

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

A dire il vero, l'SNLG ha attivato sul proprio sito, nella sezione "*buone pratiche*", una pagina relativa al *Corona Virus Desease*[18], nella quale, premesso che «la rassegna è in *costante aggiornamento*», sono raccolti i «documenti più *attendibili* sull'emergenza sanitaria». In linea teorica, l'art. 590-*sexies* c.p. ammette che, in assenza di linee guida accreditate, l'osservanza di "buone pratiche" possa costituire presupposto per l'applicazione della causa di non punibilità. Ciò nonostante, la strada dell'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p. continua a sembrare decisamente in salita: il linguaggio della pagina *web* dell'SNLG denota tutta l'*incertezza* dell'attuale quadro scientifico, che imporrebbe al processo penale di "inseguire il susseguirsi" – e magari il contraddirsi – delle diverse indicazioni scientifiche avvicendatesi nel tempo.

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

Inoltre, sembra il caso di sottolineare che la norma introdotta nel 2017 fa esclusivo riferimento alle fattispecie di lesioni ed omicidio colposo, mentre dalla cronaca si apprende dell'avvio di procedimenti penali per il reato di epidemia colposa di cui al combinato disposto degli artt. 438 e 452 c.p.[19].

4. Verso un'estensione dell'art. 2236 c.c. ai casi dell'emergenza? Potenzialità e incognite.

Ad uno sguardo più approfondito, tuttavia, il "diritto vivente" offrirebbe uno strumento più efficace dell'art. 590-*sexies* c.p. per contenere le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie alle prese con la cura del "*virus*". Si tratta dell'art. 2236 del codice civile, a norma del

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

[18] V. *www.snlg.iss.it*

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

quale il prestatore d'opera, qualora si trovi ad affrontare problemi di speciale difficoltà, risponde dei danni cagionati solo per dolo o *colpa grave*.

Come noto, la disposizione civilistica è stata utilizzata per lungo tempo – all'incirca fino agli inizi degli anni '80 – dalla giurisprudenza penale per giustificare sentenze di proscioglimento nei confronti dei sanitari che non si fossero resi responsabili di violazioni cautelari grossolane e macroscopiche. Gradualmente poi, in coincidenza con l'affermarsi di un nuovo e diverso paradigma come quello dell'"alleanza terapeutica", l'art. 2236 c.c. è stato abbandonato dai giudici penali, con il conseguente scivolamento verso la punibilità "a tappeto" della colpa lieve, tra le cause all'origine della ancora attuale sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari[20].

Va tuttavia segnalato che, recentemente, un coraggioso orientamento della quarta Sezione della Cassazione ha provato a rilanciare l'art. 2236 c.c. nei giudizi penali per *medical malpractice*, giustificando il rinnovato richiamo alla disposizione civilistica sulla base di una "regola di esperienza" e non per via di una applicazione diretta[21]. La rinascita dell'art. 2236 c.c. ha tratto nuova linfa anche dalle poco convincenti riforme approvate dal legislatore: la norma è stata infatti individuata dalle principali pronunce degli ultimi anni – "Tarabori" e "Mariotti" – e dalla dottrina come l'alternativa per proseguire nella tanto attesa depenalizzazione degli errori medici ed estendere il salvifico criterio della colpa grave oltre gli angusti pertugi dell'art. 590-*sexies* c.p[22].

Per certi versi, i presupposti applicativi dell'art. 2236 c.c. sembrano adattarsi bene alla situazione emergenziale creatasi, specie con riguardo alla particolare difficoltà della prestazione. Come si era auspicato altrove[23], infatti, le Sezioni unite nel 2017 hanno riconosciuto come il coefficiente di difficoltà di una prestazione medica, per quanto apparentemente semplice "sulla carta", possa aumentare in forza di fattori organizzativi o della presenza di situazioni emergenziali, legittimando dunque il ricorso alla "regola di esperienza" di cui all'art. 2236 c.c. Nella sentenza "Mariotti" ci si riferisce a tale norma come ad «un precetto che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui

---

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

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

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

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

l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla *mutevolezza del quadro da affrontare* e *delle risorse disponibili*»[24]; parole, specie queste ultime evidenziate in corsivo, che sembrano pensate per descrivere la situazione attuale.

In questa prospettiva, il contesto nel quale il sanitario è chiamato ad operare avrebbe una doppia valenza: da una parte, rendendo i problemi da affrontare di "speciale difficoltà", giustificherebbe l'utilizzo di un criterio di imputazione più favorevole come quello della colpa grave *ex* art. 2236 c.c.; dall'altra parte, potrebbe essere valorizzato, proprio nel giudizio sul grado della colpa, per escludere la rimproverabilità a livello *soggettivo* di una condotta *oggettivamente* colposa maturata in ambito emergenziale[25].

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

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

Nondimeno, sembra opportuno sottolineare talune incognite.

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

Rimane quindi, ad esempio, incerto se anche per la rinnovata applicazione dell'art. 2236 c.c. la violazione cautelare debba assumere i sulfurei connotati dell'imperizia. Naturalmente, a differenza dell'art. 590-*sexies* c.p., l'art. 2236 c.c. nulla prevede sul punto. Tuttavia, l'associazione "colpa grave-imperizia" riemersa, dapprima per via giurisprudenziale con il

[24] Cfr. Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit., § 10.1. Corsivo di chi scrive.
[25] Sulla c.d. misura soggettiva della colpa, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

decreto "Balduzzi", poi per espressa previsione normativa con la legge "Gelli-Bianco", costituisce il retaggio di una pronuncia della Corte Costituzionale, che, nel 1973, aveva ritenuto ammissibile l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla colpa medica, ma solo nei casi di imperizia[26]. Non è questa l'occasione per ripercorrere il dibattito sorto attorno alla nozione di imperizia, categoria da tempo in disuso nella scienza penalistica[27]. Occorre però far luce su quello che potrebbe essere il prevedibile effetto di una riproposizione della lettura differenziata delle forme di colpa dell'art. 43 c.p. anche in relazione all'art. 2236 c.c. nel contesto dell'epidemia da Covid-19. Mai come in questo momento, sembra plausibile ipotizzare casi di colpa determinati non tanto da errori nel trattamento della malattia, quanto da stanchezza, fatica, *stress* e urgenza dovuti alle contingenze (ad es. una dimenticanza, una prescrizione affrettata, un controllo superficiale e così via). Ebbene, ove venisse confermato il metro sin qui fatto proprio dalla giurisprudenza, tutte queste ipotesi verrebbero classificate in termini di negligenza o imprudenza, con conseguente inapplicabilità del regime di responsabilità di favore.

Sotto tutt'altro profilo, poi, non va tralasciato il valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" *ad hoc* invocato espressamente dai professionisti sanitari, rispetto ad una "silenziosa" – e, allo stato, ancora incerta – valorizzazione di un orientamento giurisprudenziale[28]. Da questo punto di vista, è evidente come una risposta sul piano legislativo avrebbe ben altro impatto sulla potenziale «medicina difensiva dell'emergenza», tranquillizzando i sanitari circa la loro futura "incolumità" giudiziaria[29]. Senza considerare, poi, la diversa efficacia "deterrente" dispiegata dalle due diverse impostazioni in relazione all'apertura di indagini: è chiaro che una nuova normativa avrebbe la capacità di prevenire non solo condanne e processi, comunque improbabili, ma anche la stessa presentazione di denunce, perlomeno nella maggior parte dei casi[30].

---

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

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

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

[29] Cfr. C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit. Non ravvede la necessità di una norma *ad hoc*, ma ritiene sufficiente richiamarsi ai principi generali, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 12 e 13.

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

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

Occorre, allora, prendere in considerazione le possibili soluzioni sul piano normativo, con la premessa che, non essendo state accolte le proposte sin qui avanzate e non essendo semplice ricostruire la "pioggia" di emendamenti riversatasi sul decreto "Cura Italia"[31], che è stato sede del dibattito politico in argomento, conviene ragionare più per direttrici e tematiche generali.

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

Un primo punto da mettere a fuoco sembra relativo all'estensione temporale del regime di favore cui si intende dar vita. Non sembra da scartare a priori, infatti, l'ipotesi di una norma che resti in vigore anche una volta cessata l'emergenza: si tratterebbe, in definitiva, di dare finalmente attuazione al disegno complessivo della legge "Gelli-Bianco", per ora naufragato per via di un'*imperizia* compilativa. Come prevedibile, invece, gli emendamenti si sono concentrati su una norma che abbia efficacia soltanto per il periodo dell'emergenza. In questa prospettiva, tuttavia, potrebbe essere opportuno redigere un testo di legge che non sia troppo aderente alle peculiarità della situazione contingente, ma che possa anche costituire un punto di partenza per il futuro ripensamento della responsabilità colposa in ambito sanitario[32].

Circoscrivere la disciplina al periodo dell'emergenza, del resto, non appare nemmeno così semplice. Ne è la prova il fatto che gli emendamenti indicano come momento iniziale della fase d'emergenza provvedimenti diversi del Consiglio dei Ministri[33]. Allo stesso tempo, non sarà probabilmente nemmeno agevole individuare la fine dell'emergenza se è vero, come ormai sembra chiaro, che con l'epidemia bisognerà fare i conti ancora a lungo e la condizione emergenziale cesserà in modo graduale.

[31] Disegno di legge AS 1766: conversione in legge del decreto 17 marzo 2020, n. 18.
[32] In questo senso già C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.
[33] L'emendamento del Sen. Marcucci (1.0.4.), ad esempio, indica la delibera del 31 gennaio, mentre l'emendamento a firma del Sen. Mallegni (13.2) fa riferimento alla delibera del 23 febbraio.

L'estensione oggettiva e soggettiva dello statuto di responsabilità differenziato presenta diversi aspetti controversi. Tra le proposte è balenata anche quella di un'esenzione *tout court* da responsabilità penali, una sorta di "amnistia" generalizzata per tutte le condotte realizzate in relazione al Covid-19[34]. Questa soluzione, che appare inopportuna per diverse ragioni, è stata osteggiata anche dagli stessi professionisti sanitari[35], principalmente poiché avrebbe offerto uno "scudo" inscalfibile anche alle figure dirigenziali, esteso persino ai casi in cui una loro colpa organizzativa ha determinato il contagio o la morte degli stessi operatori. Insomma, in questa prospettiva, dietro alla retorica "degli eroi" si cela una moratoria di responsabilità "politico-organizzative"[36].

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

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

Alla luce di tutti questi interrogativi, la soluzione che pare più ragionevole è quella, già espressa in dottrina[37], di prevedere una generalizzata limitazione della responsabilità penale alla colpa grave, non circoscritta alla sola imperizia ma estesa a negligenza ed imprudenza, e arricchita di una definizione che imponga di tenere conto, nella valutazione del grado della colpa, dei fattori organizzativo-contestuali[38] (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

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

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

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

[37] C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.

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

singolo operatore, il livello di pressione e/o urgenza, anche in relazione alla diffusione della pandemia nella specifica area geografica)[39].

La selezione del grado della colpa penalmente rilevante è un collaudato strumento, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari[40]. Allo stesso tempo, però, non lascia completamente sprovvista di tutela penale la vita e la salute dei pazienti, come invece accade nel sistema "*no fault*", peraltro in via di dismissione nei principali ordinamenti anglo-americani che lo avevano adottato[41].

Più complesso appare invece annettere nella definizione un riferimento a linee guida o prassi consolidate relative alla gestione dell'epidemia (v. anche *supra*, § 3), come è stato invece proposto[42]. Oltre ai noti problemi "epistemologici" dell'utilizzo delle linee guida nei giudizi penali, che sono alla base del fallimento acclarato delle riforme del 2012 e del 2017[43], il loro impiego ne solleverebbe di nuovi: a quali raccomandazioni affidarsi (solo quelle del sito SNLG o anche quelle, per ipotesi, elaborate dalle singole strutture)? che fare qualora si verifichi un rapido avvicendamento tra più testi in continuo aggiornamento?

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

Diversamente, linee guida o altri testi codificati potrebbero essere valorizzati in chiave accusatoria – quindi, senza trovare alcun accesso nella normativa – per ravvisare una grave colpa nella condotta di chi, in sfregio ai protocolli per prevenire la diffusione del *virus*, sui quali, in effetti, parrebbe esservi maggiore consenso dopo diversi mesi di epidemia, abbia cagionato il contagio di una o più persone[44].

6. Riflessi sul lungo periodo: verso la "scoperta" di una colpa "organizzativa" in ambito sanitario?

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

[40] Cfr. G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione*, cit., 26 ss.

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

[42] V. emendamento del Sen. Marcucci (1.0.4.).

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

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

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

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

Tante delle problematiche sollevate dall'emergenza Covid-19 – dalla scarsità di risorse che conduce a fare scelte "tragiche" all'assenza di protocolli emergenziali; dal diffuso contagio nelle RSA[45] alle misure di ristrutturazione momentanea dei normali reparti – coinvolgono aspetti e responsabilità "organizzative" che esulano dalle competenze dei singoli sanitari.

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

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

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

[45] Sulle indagini avviate da diverse procure in relazione alla diffusione del "*virus*" nelle RSA, e in particolare sui correlati rischi "panpenalistici", le considerazioni di D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2020, 8, che nota peraltro come sia stato proprio il caso delle RSA ad alterare un clima generale unanimemente orientato a riconoscere l'esenzione da responsabilità ai professionisti sanitari. Anche F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., suggerisce prudenza nell'indagare a livello penale eventuali responsabilità; mentre R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., 13, sottolinea il rischio che la questione venga strumentalizzata in chiave politica, risolvendosi in uno scontro tra schieramenti opposti.

Marilisa D'Amico
Ordinaria di Diritto costituzionale
Prorettrice a Legalità, Trasparenza e parità di Diritti
Università degli Studi di Milano

Pandemia Covid-19: *"da eroi a imputati"*, il personale medico e le sfide dell'emergenza sanitaria[1]

SOMMARIO: 1. Premessa: la pandemia Covid-19 e la tenuta dello Stato costituzionale. 2. Anomalie e criticità nella scelta degli strumenti normativi. 3.(Segue) Linee di continuità e discontinuità nella cd. fase 2. 4. Il ruolo dei medici: "eroi o imputati?". 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: la pandemia Covid-19 e la tenuta dello Stato costituzionale

La pandemia Covid-19 che ha colpito tutto il mondo e che ha trasformato profondamente le vite di un mondo globalizzato, innalzando frontiere, spazzando sicurezze e diritti, istillando dubbi e paure anche nei confronti della scienza e della medicina, si sta protraendo molto oltre le iniziali previsioni, acuendo una serie di interrogativi cruciali per il nostro Stato costituzionale[2].

La situazione italiana, dal punto di vista dell'impatto della pandemia, ma anche delle risposte sul piano istituzionale e scientifico, presenta alcune peculiarità, su cui occorre ragionare preliminarmente, prima di affrontare nello specifico il tema oggetto del ciclo di incontri *"Eroi o imputati"*, che ha dato origine alla presente pubblicazione e che pone al centro del dibattito il ruolo dei medici e il tema delle loro eventuali responsabilità.

Nella prima parte dello scritto, vorrei ragionare della profonda relazione che deve sempre sussistere fra potere e diritti, fra il modo in cui uno Stato costituzionale decide di limitare i diritti fondamentali e il necessario bilanciamento fra questi stessi diritti, alla luce del diverso impatto delle misure emergenziali su persone che soffrono già di discriminazioni o che sono in condizioni di particolare fragilità.

Anticipo e chiarisco il mio punto di vista su questo aspetto di ordine generale: credo che le istituzioni italiane abbiano risposto in modo sicuramente anomalo dal punto di vista dell'architettura costituzionale, travolte da una crisi senza precedenti e inimmaginabile, ma i provvedimenti adottati finora, che stanno sacrificando moltissimi diritti fondamentali per garantire quello alla salute, soprattutto collettiva, rischiano, specialmente se protratti nel tempo, di travolgere le persone che stanno peggio, acuendo in modo irrecuperabile quelle differenze di cui lo Stato, alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dovrebbe sempre tenere conto. Una situazione che rischia di spezzare quello

[1] Il presente testo riproduce, con ampie integrazioni, aggiornamenti e con due paragrafi completamente inediti, alcune delle riflessioni che l'Autore ha presentato all'interno di un contributo, dal titolo *"Emergenza, diritti, discriminazioni"*, pubblicato sulla *Rivista del Gruppo di Pisa*, in data 8 giugno 2020.

[2] Interessanti riflessioni sul paradosso di una crisi globale a cui si risponde entro i confini nazionali in E. CHITI, *Questi sono i nodi. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 24 aprile 2020.

stretto legame fra limitazioni a libertà fondamentali, doveri e principio di solidarietà, che giustifica tante restrizioni a cui siamo stati e siamo sottoposti[3].

Vi è però un punto che occorre sottolineare: fino a questo momento, mi pare, che l'attenzione della dottrina si sia polarizzata sul sistema delle fonti e su un'analisi assolutoria o critica, a tratti anche aspra, delle modalità adottate dal Governo nel disciplinare sotto il profilo normativo la situazione di emergenza. Vi sono certo autori, come Massimo Luciani, che hanno affermato che la legittimità delle procedure non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale[4], ma che allo, stesso tempo, è anzitutto alla prospettiva formale che occorre guardare per ricostruire il quadro degli strumenti normativi utilizzati[5].

Io credo invece che occorra tenere insieme questi aspetti, alla luce delle carenze dei provvedimenti adottati rispetto alle persone che soffrono di discriminazioni. Il principio di legalità sostanziale, principio cardine della nostra Carta costituzionale, ha proprio la funzione di garantire le decisioni più ampie e ponderate sui diritti fondamentali. Non è un caso che le più importanti decisioni della Corte costituzionale, all'inizio della sua attività, abbiano investito proprio la natura e l'ampiezza di questo principio[6]. E non dobbiamo dimenticare che le maggiori violazioni dei diritti fondamentali, quelle che hanno inciso in passato il principio di eguaglianza e di non discriminazione, sono state compiute non tanto da leggi, quanto da provvedimenti secondari, spesso da circolari. Nota è l'utilizzazione di questi strumenti secondari, a partire dai provvedimenti esecutivi delle leggi razziali, fino a quelli che, ai giorni nostri, incidono su diritti fondamentali, come il diritto di professare liberamente il proprio credo[7] o i diritti in materia di procreazione medicalmente assistita e di interruzione volontaria di gravidanza[8].

Un'analisi delle modalità di restrizione di molte delle nostre libertà è senz'altro utile per tracciare le coordinate, di tipo fattuale e giuridico, in cui inserire la tematica specifica del ruolo e delle responsabilità del personale medico impegnato nelle sfide dell'emergenza sanitaria.

2. Anomalie e criticità nell'utilizzo degli strumenti normativi

[3] Sul tema, P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020.

[4] Come osserva anche I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

[5] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, il quale osservava precisamente, in merito ai rapporti tra i vari tipi di fonti utilizzate nella gestione dell'emergenza, che "*sarà anche vero che la legittimità delle 'procedure' seguite per affrontare l'emergenza 'non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale', ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi*".

[6] Mi riferisco in particolare alle pronunce sull'art. 2 del T.u.p.s., che disciplina il potere di ordinanza, dove la Corte ricorre a una prima pronuncia interpretativa di rigetto, con la sent. n. 8 del 1956, nella quale ribadisce che le ordinanze *"hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico"*, escludendo che potessero divenire lesivi di altre libertà fondamentali, quali nel caso di specie l'art. 21. Cost., essendo costretta qualche anno più tardi a ricorrere a una pronuncia interpretativa di accoglimento, la nota sent. n. 26 del 1961, nella quale veniva dichiarata incostituzionale la norma nella parte in cui avesse consentito un potere di ordinanza limitativo di libertà fondamentali. Cfr. sulla vicenda, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2011, 557.

[7] Ragiona dell'impatto dell'emergenza sulla libertà religiosa, in particolare, P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.

[8] Per un approfondimento su questo tema, sia consentito il richiamo a M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

Va ricordato, in premessa, che la nostra Costituzione non si occupa di "stati di emergenza"[9], ma all'art. 78 prevede che il Parlamento possa deliberare con legge lo stato di guerra e conferire al Governo i poteri necessari. Per converso, all'art. 77 è sancita la possibilità per il Governo, con riferimento a stati eccezionali di necessità e urgenza, di emanare decreti-legge che devono essere convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione. Come tutti sappiamo, quello che era uno strumento eccezionale si è trasformato ormai nell'ordinaria modalità di emanazione di fonti di livello primario, anche in materie, come quella penale[10], che originariamente si ritenevano di competenza esclusiva del Parlamento.

La situazione che stiamo vivendo presenta una profonda anomalia dal punto di vista del sistema costituzionale delle fonti[11], dal momento che lo "stato di emergenza" è stato dichiarato a gennaio dal Governo[12] e il Parlamento è stato coinvolto pochissimo[13]: sia perché il baricentro delle decisioni di ordine politico ed economico si è spostato verso il Governo, relegando il Parlamento ad un ruolo del tutto marginale e secondario; sia perché lo stesso Parlamento – che è rimasto completamente fermo nelle primissime settimane dell'emergenza – ha esitato ad esercitare le proprie funzioni di controllo e di indirizzo nei confronti del Governo.

In questa complessa cornice, la copertura democratica alle limitazioni delle libertà fondamentali protette dalla Costituzione, assicurata tradizionalmente dall'adozione di fonti di rango primario, è stata in molti casi solo formale[14].

Se si scorre l'oramai lunghissimo elenco dei provvedimenti assunti nella prima fase dell'emergenza, si comprende chiaramente quanto sia stato trainante il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Consiglio dei Ministri stesso, peraltro con alcuni tratti di innovatività rispetto ad una tendenza già presente nel nostro ordinamento[15].

Da un lato, come più volte evidenziato dallo stesso Presidente del Consiglio, le decisioni prese in questa emergenza sono state concordate - con modalità, per vero, non sempre trasparenti[16] – con il Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile (*ex* art. 2, co.

---

[9] Come osserva, in particolare, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

[10] Su cui, volendo, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015.

[11] Nonostante si stiano susseguendo nelle ultime settimane provvedimenti che gradualmente riportano il godimento di molte delle libertà costituzionali prima limitate o soppresse, mi pare che non sia inopportuno ritenerci ancora all'interno di una situazione anomala, dal momento, come cercherò di dimostrare nel paragrafo sulla cd. fase 2, molti aspetti formali e tanti profili di sostanza vengono trattati in modo anomalo e soprattutto senza un adeguato bilanciamento delle situazioni, con una ricaduta in termini di ragionevolezza delle disposizioni.

[12] In data 31 gennaio, il governo ha deliberato lo stanziamento dei fondi necessari all'attuazione delle misure precauzionali conseguenti alla dichiarazione di "Emergenza internazionale di salute pubblica" da parte dell'OMS e ha deliberato, ai sensi dell'art. 7, primo comma, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile), lo stato d'emergenza per la durata di sei mesi.

[13] N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020; e S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

[14] Su questi profili, tra i molti, E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Special Issue*, 1/2020, 95 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; e P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, ivi.

[15] Sottolinea questo aspetto, ancora, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit.

[16] La recentissima pubblicazione dei primi verbali del Comitato tecnico scientifico, peraltro, conferma quanto sia stato complesso e non sempre immediato il raccordo tra i diversi centri decisionali.

1, del decreto-legge n. 19 del 2020); dall'altro, fin dal primo decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020[17], il Governo ha seguito un *modus procedendi* assolutamente peculiare, adottando le più importanti misure di contenimento con i ben noti "DPCM"[18]. Più nel dettaglio, la prassi dei primi mesi ha seguito questo schema: in prima battuta, il Governo ha varato decreti-legge dal contenuto molto vago, rilevanti per lo più sul versante procedurale, intervenendo poi, sul versante sostanziale, con plurimi "DPCM", appunto[19].

Questo schema è chiarissimo a partire dai "DPCM" dell'8 e del 9 marzo 2020, entrambi attuativi del decreto-legge del 23 febbraio 2020, con cui sono state estese all'intero territorio nazionale le più severe restrizioni inizialmente previste per le sole Regioni del nord.

Il quadro che emerge (e che invero è in continua evoluzione) è emblematico delle anomalie da più parti segnalate: 16 decreti-legge e 18 "DPCM", oltre ad una serie sterminata di ulteriori ordinanze ministeriali (del Ministero della Salute in particolare), che hanno precisato alcuni profili contenuti nei provvedimenti governativi e presidenziali.

Con questi provvedimenti, che si sono susseguiti in molti casi a distanza di pochissimi giorni gli uni dagli altri, come anticipato, il Parlamento non ha potuto operare un controllo *ex ante* sul contenuto delle misure adottate ed è stato generato un quadro complessivo di massima incertezza: sia rispetto ai confini delle limitatissime deroghe previste (nella fase di *lockdown* per le sole ipotesi di "*necessità o di comprovate esigenze lavorative*"), sia rispetto alle conseguenze delle eventuali violazioni, prima presidiate con la sanzione penale e poi depenalizzate, ma con efficacia retroattiva.

Da questo specifico punto di vista[20], emerge un quadro normativo assai complesso, rappresentato dal decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020, che si è affiancato al decreto-legge n. 19 del 24 marzo 2020, convertito dal Parlamento in data 21 maggio 2020 [21]. In particolare, il decreto-legge n. 33 tratteggia una disciplina sanzionatoria che ricalca il modello del doppio binario: sanzioni amministrative per la generalità delle violazioni e sanzioni penali per la più grave inosservanza della misura della quarantena applicata al soggetto positivo al Covid. Il nuovo decreto-legge prevede che tale ultima misura sia disposta con un provvedimento amministrativo individuale e concreto, vale a dire con un provvedimento dell'autorità sanitaria, senza però precisare la durata della quarantena; è quindi auspicabile, come suggerisce la dottrina penalistica[22], che in sede di conversione il Parlamento

[17] Cfr. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (GU del 23 febbraio 2020, n. 45), convertito con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13 (GU del 9 marzo 2020, n. 61).

[18] Che, ai sensi dell'art. 3 del decreto, sono stati adottati "*su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*".

[19] Su questi stessi profili, v., anche, M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

[20] G. L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e 'fase2': misure limitative e sanzioni nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistemapenale.it*, 18 maggio 2020.

[21] A queste considerazioni di carattere generale è poi necessario aggiungere che, all'interno del cd. "decreto rilancio", n. 34 del 2020, il legislatore ha inserito una serie di previsioni dal contenuto *lato sensu* sanzionatorio, su cui la dottrina amministrativistica si è da subito soffermata in modo critico: si tratta, nel dettaglio, delle misure contenute nell'art. 264, secondo comma, del d.l. citato, finalizzate "*ad assicurare piena attuazione ai principi che non consentono alle pubbliche amministrazioni di richiedere la produzione di documenti e informazioni già in loro possesso*", con cui sono state inasprite le conseguenze delle autodichiarazioni mendaci rese dai privati; sul tema, diffusamente, M. A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2 giugno 2020.

[22] Ancora G. L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistemapenale.it*, 18 maggio 2020.

intervenga sul punto, attesa la gravità e l'invasività della misura. Va sottolineato, peraltro, che la mancanza di chiarezza dei confini della norma penale, lesiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., sta già spiegando i propri effetti e, nel caso in cui il Parlamento correggesse questo profilo, non vi è chi non veda come si sia già creato un problema interpretativo di non poco conto, aggravato dal principio di retroattività di eventuali misure penali più favorevoli.

Emblema dell'incertezza che ha colpito gli aspetti più centrali della vita di relazione di ciascuno di noi – come il conoscere i limiti alla propria libertà di movimento, le condizioni per poter tornare presso la propria residenza o per recarsi sul luogo di lavoro – è la vicenda dei cd. moduli per le autocertificazioni, oggetto di continue e non sempre chiare modifiche nei momenti più delicati della prima fase emergenziale[23].

In questo contesto di incertezza[24], anche il rapporto tra lo Stato centrale e le autonomie regionali ha mostrato profonde debolezze[25], in una materia peraltro, quella della tutela della salute, rispetto alla quale proprio le Regioni del nord, più colpite dalla pandemia, avevano negli ultimi tempi richiesto l'attivazione dello strumento previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost. per avere maggiori spazi di manovra[26].

Il Governo, che pure si è in alcune occasioni impegnato in prove di forza muscolari nei confronti del protagonismo di alcuni Presidenti di Regione, attraverso solenni richiami all'importanza di una gestione unitaria della crisi, ha però dato vita, dal punto di vista formale, ad uno modello di coordinamento piuttosto debole nei confronti delle autonomie regionali: gli stessi provvedimenti governativi ammettevano la possibilità che le singole Regioni intervenissero, nelle more dell'adozione del DPCM da parte del Governo, con prescrizioni ulteriori[27].

Degna di rilievo, in questa prospettiva, è la pronuncia del Consiglio di Stato cui è stato fornito parere favorevole all'annullamento straordinario *ex* art. 138 del d.lgs. 267/2000 di quella nota delibera del Sindaco di Messina, che aveva imposto un discutibile obbligo di registrazione su un portale

---

[23] G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, "Il Dubbio", 28 marzo 2020.

[24] A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 4 aprile 2020

[25] Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, PiemmeMolecole, 2020, 228, "*le incertezze e i conflitti che si sono manifestati a proposito dei poteri e dei provvedimenti dello Stato e degli enti territoriali sembrano dovuti, più che al sistema normativo generale o alla presunta assenza di norme generali, al modo in cui gli attori hanno utilizzato o si sono proposti di utilizzare i loro poteri*"; sul tema, v. anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

[26] Evidenzia questo elemento F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

[27] Così, per esempio, l'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale espressamente prevedeva che "*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*"; Alcune di queste iniziative, come noto, sono state portate all'attenzione del Giudice amministrativo: si può ricordare la decisione con cui il TAR Calabria ha annullato l'ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, del Presidente dell'omonima Regione che consentiva, nel territorio regionale, la ripresa delle attività di ristorazione con tavoli all'aperto (a commento della vicenda, v., in particolare, F. PAGANO, A. SAITTA, F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020); tra i vari profili, il TAR ha rilevato che l'emanazione dell'ordinanza non è stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo centrale, con un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi e con conseguente violazione del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica.

telematico per chiunque volesse attraversare lo stretto e fare ingresso nel territorio regionale[28]. In uno dei passaggi conclusivi, il Consiglio di Stato ha osservato che, in presenza di emergenze di carattere nazionale e pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, "*vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali*"[29].

3. (Segue) Linee di continuità e discontinuità nella cd. fase 2.

A margine della presentazione del "decreto rilancio", n. 34 del 19 maggio 2020, (originariamente "decreto aprile", poi rinominato dopo una serie di ritardi accumulati nella fase di confronto tra le forze politiche di maggioranza), il Presidente del Consiglio aveva comunicato l'intenzione di adottare le nuove misure con un decreto-legge e non con un "DPCM", in ragione dell'esigenza di coinvolgere maggiormente il Parlamento.

Si tratta di una affermazione che è parsa fin da subito importante, in linea con le osservazioni che la dottrina costituzionalistica in particolare aveva formulato sulla scelta degli strumenti normativi per la gestione della prima fase dell'emergenza.

A ben osservare, proprio a fronte di queste stesse critiche, il Governo aveva già previsto, all'art. 2, quinto comma, del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, una forma di raccordo più stretta con le Camere, stabilendo precisamente che "*i provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto*". Previsione che è stata ulteriormente rinforzata durante il passaggio parlamentare per la conversione in legge, con la precisazione per cui "*il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse*

---

[28] A commento della vicenda, v. A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta OnLine*, 1/2020; e N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

[29] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, n. 735 del 7 aprile 2020; il quadro dei provvedimenti giurisdizionali assunti dal giudice amministrativo in questi mesi d'emergenza è davvero ricco. Cfr., sul tema, C. DRIGO, A. MORELLI (a cura di), *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *Dirittiregionali.it*, 11 maggio 2020: da ultimo, *ex multis*, è possibile segnalare l'interessante decreto del T.A.R. Liguria, Sez. I, n. 147 del 23 maggio 2020, con cui era stato censurato l'obbligo incondizionato dell'utilizzo della mascherina su tutto il territorio del Comune di Genova (nel rigettare la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie, il T.A.R. ha osservato che "*tenuto conto dell'esigenza di prevenire il più possibile, nell'ambito del territorio comunale, le occasioni di contagio determinate dall'allentamento delle misure restrittive che caratterizzavano la c.d. fase 1 – l'obbligo di utilizzo delle mascherine, per come prescritto nell'ordinanza impugnata, a tutela della salute pubblica, non possa considerarsi né incongruo, né particolarmente gravoso*"). Per completezza, va inoltre segnalato che anche la Corte costituzionale a breve sarà chiamata a pronunciarsi su alcune questioni problematiche poste dai provvedimenti assunti durante l'emergenza: investito da plurime censure di incostituzionalità è stato, nel dettaglio, l'art. 83, co. 4, del d.l. 18 del 2020, convertito con legge n. 27 del 2020, "*là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali*" (a commento delle ordinanze di rimessione, v., in particolare, G. L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità*, in *Sistemapenale.it*, 27 maggio 2020).

formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo".

Non è allora un caso che proprio durante il dibattito parlamentare avente ad oggetto la conversione in legge del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, alcuni esponenti delle forze di maggioranza abbiano parlato a tal riguardo di una sorta di "parlamentarizzazione" del procedimento di adozione dei "DPCM"[30], sottolineando la volontà del Governo di coinvolgere il Parlamento, in un'ottica ispirata, da un lato, al principio di "leale collaborazione" tra i poteri dello Stato e, dall'altro, alla centralità del Parlamento. Sul testo già approvato dalla Camera dei deputati in data 14 maggio 2020, il Governo ha però posto la questione di fiducia, riducendo notevolmente il dibattito parlamentare.

Ora, se è vero, come spesso accade, che a questo strumento in alcuni casi è necessario ricorrere per garantire nei tempi previsti a livello costituzionale la conversione del provvedimento governativo, è vero anche che la fiducia assume un significato politico particolare proprio in un contesto come quello attuale in cui da più parti si segnala la necessità di assicurare un effettivo coinvolgimento del Parlamento nella definizione, prima ancora delle misure limitative delle libertà dei cittadini, delle modalità procedurali ("DPCM" e raccordo con le Camere, appunto), da seguire per questo stesso fine.

In ogni caso, dal punto di vista più generale e al netto di queste considerazioni specifiche, va detto che l'impegno del Governo nel coinvolgere il Parlamento è stato mantenuto soltanto in parte: se guardiamo gli interventi che hanno preceduto e poi determinato l'inizio della fase 2, con cui come noto è stata gradualmente riattivata la macchina economica e sociale del paese (a partire dal 18 maggio 2020), ci si accorge che il Governo ha sì adottato un importante decreto-legge – il d.l. bilancio – contenente tutte le misure economico-finanziarie-tributarie di sostegno alle imprese e alle famiglie, facendo però nuovamente ricorso al binomio decreto-legge generale – "DPMC" attuativo per quanto riguarda invece la regolamentazione delle (pur ridotte, ma ancora significative) limitazioni alle libertà fondamentali.

La lettura del "DPMC" del 17 maggio 2020 (che deve essere integrato con un successivo "DPCM" del 18 maggio 2020, che ha rivisto un profilo specifico relativo all'attività del Ministero della Giustizia) consente di apprezzare come siano ancora numerose e qualitativamente molto rilevanti le limitazioni alle libertà di circolazione, soprattutto per quanto riguarda gli spostamenti interregionali e da e per l'estero, alla possibilità di svolgere manifestazioni pubbliche e riunioni, oltre che attività economiche, produttive e sociali.

La preparazione di questi provvedimenti, peraltro, ha riproposto alcune delle anomalie che avevano già caratterizzato la prima fase dell'emergenza: il citato d.l. rilancio, per esempio, annunciato per lunghe settimane, è stato presentato alla stampa il 13 maggio e pubblicato in Gazzetta ufficiale soltanto in data 20 maggio, dopo alcuni giorni di accertamenti da parte della Ragioneria Generale dello Stato[31].

Oltre alla oramai tradizionale incertezza sul preciso contenuto delle novità introdotte (ancora più rilevanti nel momento in cui si tratta di decidere se e come riaprire le attività economiche colpite dal *lockdown*), tutto ciò ha generato molti dubbi in merito alla stessa vincolatività delle previsioni contenute nei nuovi provvedimenti.

---

[30] Così in particolare Vincenzo Garruti, capogruppo del Movimento 5 Stelle in commissione Affari Costituzionali al Senato.

[31] F. FERRARI, *Quanto si attende per il "rilancio"?*, in *laCostituzione.info*, 18 maggio 2020, il quale, pensando al rischio di incertezza e smarrimento ingenerato da una gestione poco attenta della comunicazione istituzionale da parte del Governo, si chiedeva: "*era così impensabile attendere la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, prima di tentare di rassicurare il Paese con la descrizione generica di norme che, ad oggi, sono ancora prive di qualunque effetto giuridico?*".

L'incertezza ha colpito nuovamente anche il controverso rapporto tra Stato e Regioni; anche nella fase 2, inoltre, la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, sottolineata anche dal giudice amministrativo nelle decisioni prima richiamate, è stata rispettata soltanto in parte, posto che alcuni Presidenti di Regione (in particolare il Presidente della Regione Campania) hanno contestato il contenuto del "DPCM" che scaricherebbe tutta la responsabilità delle scelte in ordine alle modalità di riapertura delle varie attività sulle Regioni.

Non si dimentichi, peraltro, che il "DPCM" del 17 maggio 2020 prevedeva che le Regioni (e le Province autonome) potessero stabilire una diversa data anticipata o posticipata (per alcune attività, come quelle ludiche, ricreative ed educative rivolte ai bambini e ai ragazzi), a condizione che avessero preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che avessero individuato protocolli o linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali.

In ogni caso, l'impressione è che le modalità di gestione della fase 2, al netto di qualche proclamo di carattere programmatico, non siano così diverse dalla prima fase dell'emergenza: il Governo ha comunque fatto ricorso allo strumento del "DPCM" per limitare le libertà fondamentali[32]; gli interventi messi in campo hanno parimenti generato incertezza sul contenuto e sulla validità delle nuove misure; ed, infine, non si sono attenuate le tensioni tra i diversi livello di governo. Lo ha confermato, plasticamente, anche la recentissima questione della riapertura dei confini regionali, rispetto alla cui necessità e tempestività si sono fronteggiate posizioni molto diverse, cui sono seguiti nuovi terreni di scontro tra i vari Presidenti di Regione e tra questi ultimi e le Istituzioni centrali.

Peraltro, per alcune Regioni, come la Lombardia e il Piemonte, in un primo momento era stata prospettata la possibilità di prorogare ulteriormente i divieti di spostamenti infra-regionali e, come noto, solo dopo il benestare dell'Istituto superiore di Sanità, è stato escluso un simile intervento, non avendo il Governo individuato sufficienti ragioni per rivedere le tempistiche già previste con il d.l. n. 33 del 16 maggio (che prevedeva la riapertura dei confini regionali per il 3 giugno 2020). Anche quest'ultima questione, in definitiva, in disparte i profili legati alle dinamiche proprie della conflittualità politica, conferma l'idea che i meccanismi di raccordo tra il livello regionale e quello centrale hanno faticato a seguire percorsi condivisi e definiti in modo chiaro.

Come noto, più di recente, con delibera del 29 luglio 2020[33], il Consiglio dei Ministri, all'esito di un vivace confronto tra le forze politiche, ha prorogato lo stato di emergenza fino al 15 ottobre 2020, sul presupposto per cui il contesto di rischio imponesse la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario ed urgente intraprese, al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale. A questa delibera, ha poi fatto seguito il d.l. 83 del 30 luglio 2020, con cui il Governo ha prorogato – fino al 15 ottobre 2020, appunto

[32] Da ultimo, con il "DPCM" del 7 agosto 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*. (20A04399), (GU n. 198 dell'8 agosto 2020), che, *inter alia*, ha previsto, sempre al fine di contenere la diffusione del virus, l'obbligo sull'intero territorio nazionale di usare protezioni delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso accessibili al pubblico inclusi i mezzi di trasporto e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuativamente il mantenimento della distanza di sicurezza, oltre ad aver confermato una serie di misure (come l'isolamento domiciliare per i soggetti con febbre superiore a 37.5) fortemente incidenti sulla libertà individuale.

[33] Si tratta, precisamente, della Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, *Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. (20A04213)*.

– l'efficacia di una lunga serie di disposizioni inserite nei decreti legge (in particolare, nei d.l. nn. 19 e 33) adottati durante il *lockdown* e all'inizio della cd. fase 2.

La lettura di questo provvedimento solo in apparenza privo di contenuti di rilievo, come ben osservato in sede di commento[34], conferma l'idea che la gestione dell'emergenza, dal punto di vista della produzione normativa, è stata piuttosto confusa e foriera di molteplici incertezze: con esso, infatti, non si è prestata attenzione alla delicata problematica del coordinamento tra le disposizioni prorogate, alcune delle quali in realtà già implicitamente abrogate dagli interventi normativi posti in essere durante la cd. fase 2. E si aggiunga, a tutto ciò[35], anche il fatto che l'art. 1, comma 3, del d.l. 83 dispone la proroga dei termini previsti da una lunghissima serie di disposizioni legislative riportate in un elenco allegato al decreto stesso: nessuna modifica testuale ad opera della novella quindi, come suggerito dalla nota circolare del Presidente della Camera dei deputati sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, ma una modifica implicita operata da una disposizione legislativa successiva, con pesanti ripercussioni sull'accessibilità e sulla conoscibilità dei testi normativi da parte dei consociati.

4. Il ruolo dei medici: *"da eroi a imputati"*

Dopo aver ricostruito, sia pur in modo sintetico, il quadro dei principali interventi del Governo durante la pandemia Covid-19 e le criticità di ordine costituzionale che questi stessi interventi hanno posto, è ora possibile ragionare, più nel dettaglio, della tematica relativa al ruolo e alle eventuali responsabilità del personale medico.

La formula *"Eroi o imputati?"*, scelta come titolo per il ciclo di incontri che ha dato origine alla presente pubblicazione, è molto efficace, perché, dietro un interrogativo volutamente generico ed aperto, disegna in modo preciso la traiettoria che hanno fatalmente percorso, nell'arco di pochissime settimane, i medici impegnati nella sfida alla pandemia.

La formula potrebbe anche essere letta in questi termini *"da eroi a imputati"*, suggerendo così una riflessione sulle ragioni e sulle implicazioni di questa involuzione. La parola *"eroi"*, peraltro, ben si inserisce in quella particolare narrazione che i media e, talvolta, anche le istituzioni pubbliche hanno fornito della pandemia, in cui il vocabolario militare ("l'essere in guerra", "il combattere in trincea") ha giocato un ruolo importante per rafforzare quel senso di unità e condivisione di intenti fondamentale per fronteggiare un "nemico", appunto, invisibile e particolarmente insidioso[36].

In questa sede è però possibile ragionare soltanto su alcuni dei profili appena evocati: vorrei concentrarmi, in particolare, sulle implicazioni, di carattere giuridico, dell'attività che il personale medico ha prestato nei mesi della pandemia.

---

[34] G. DE FILIO, *Il Decreto proroga emergenze Covid. Una piccola legge con grandi criticità*, in *laCostituzione.info*, 7 agosto 2020.

[35] Il d.l. 83, invero, contiene anche importanti previsioni riguardanti le procedure per il rinnovo degli incarichi dei servizi di intelligence, la cui disomogeneità rispetto al contenuto del provvedimento licenziato dal Governo appare evidente. Su questi profili, v., ancora, G. DE FILIO, *Il Decreto proroga emergenze Covid. Una piccola legge con grandi criticità*, cit.

[36] Ne parla anche S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, osservando che *"la parola guerra, nell'uso metaforico che ne viene diffusamente compiuto innanzi agli avvenimenti presenti, ha una indiscutibile utilità come fattore di coesione identitaria, di riconoscimento di ciascuno in una comunità chiamata a fronteggiare un pericolo esterno mettendo in campo ogni risorsa, e nella prospettiva di dover subire poi privazioni che solo la conservazione di quella coesione identitaria potrà consentire di superare. È utile, quella parola, a far percepire la condizione dei medici e degli infermieri negli ospedali, quando mettono a rischio la propria incolumità innanzi al "nemico"*.

La premessa, ben messa in luce dalla dottrina penalistica[37], è che l'attuale normativa, in tema di responsabilità medica, non è adeguata a fronte delle eccezionali peculiarità della situazione emergenziale in cui i sanitari si sono trovati ad operare: in questa prospettiva, l'elemento di maggior complessità è rappresentato dal fatto che molti medici hanno dovuto svolgere mansioni diverse da quelle proprie e numerosi specializzandi, in alcuni casi anche neolaureati, sono stati chiamati in prima linea per riuscire a garantire un minimo di assistenza ai pazienti nei momenti più drammatici, senza però avere la dovuta preparazione, in termini di esperienza sul campo. Tutto ciò, peraltro, conferma quanto questo tema dell'impiego di medici in settori diversi sia intrecciato, in modo inestricabile, con quello del coordinamento, a livello generale (e anche politico), dell'intero settore della sanità. In questa prospettiva, allora, si comprende come le eventuali responsabilità giuridiche dei singoli operatori siano correlate, in modo più o meno diretto nei singoli casi concreti, con le responsabilità politiche di chi avrebbe dovuto garantire una risposta più organizzata ed efficace all'emergenza Covid 19.

Ad oggi, comunque, ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p. e sulla base delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità[38], il medico può andare esente da un addebito di responsabilità a titolo coposo, in relazione alle sole ipotesi di omicidio e lesioni colpose, quando la sua condotta sia stata caratterizzata da imperizia non grave, nell'esecuzione del trattamento sanitario, e quando lo stesso abbia operato nel rispetto di linee guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali consolidate, adeguate alle specificità del caso concreto.

Come è facile intuire, nel contesto della risposta sanitaria alla pandemia Covid-19, non sono presenti linee guida accreditate o buone pratiche consolidate, stante il carattere mutevole e in continua evoluzione del virus: questa ristretta causa di esclusione della punibilità appare quindi inidonea a regolare i casi che già sono stati ovvero verranno in futuro portati all'attenzione della magistratura. Diventa difficile, allo stesso modo, pensare ad una causa di non punibilità limitata ai soli casi di imperizia lieve nella fase esecutiva, dal momento che, proprio in ragione delle eccezionali condizioni in cui hanno operato i medici (si pensi, in particolare, al numero di ore di lavoro e ai ritmi massacranti che hanno dovuto seguire, in carenza di sostituzioni), andrebbero valorizzate anche le condotte caratterizzate da negligenza o imprudenza non grave.

Per la verità, va detto che, durante il dibattito parlamentare relativo alla conversione del d.l. "Cura Italia" si è dibattuto a lungo in ordine alla possibilità di introdurre ipotesi di limitazione della responsabilità (civile e penale) a favore sia delle strutture sanitarie, sia, direttamente, dei medici impegnati nell'assistenza ai pazienti Covid-19: con un emendamento a firma dell'On. Marcucci e altri, si era tentato, senza esito, di introdurre una specifica causa di esclusione della responsabilità, che andasse ad allargare il perimetro operativo di quella oggi codificata all'art. 590-sexies, sostanzialmente ritenendo punibili le sole condotte caratterizzate da colpa grave; con una importante precisazione per cui la valutazione della gravità della colpa doveva essere operata *"tenendo in considerazione anche la situazione organizzativa e logistica della struttura in relazione alla novità ed eccezionalità del contesto emergenziale, al numero di pazienti su cui è necessario intervenire e alla gravità delle loro condizioni, alla disponibilità di attrezzature e di personale, nonché al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore"*.

[37] Si veda, in proposito, il contributo di M. PETRINI, *Responsabilità Medica e Covid 19*, in *giustiziainsieme.it*, 7 maggio 2020.
[38] Cfr. Cass. pen., SS.UU., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770.

Il confronto parlamentare, per il momento, non ha però condotto a risultati concreti, laddove, sul diverso versante delle iniziative giudiziarie promosse dai familiari delle vittime, si sono registrati già numerosi precedenti. La sensazione, in altre parole, è che, rispetto a questo profilo molto delicato della responsabilità degli operatori sanitari, la politica non sia stata in grado di elaborare una soluzione normativa, non solo efficace, ma anche tempestiva, e che, per questa ragione, l'autorità giudiziaria si trovi ora a procedere sulla base di una cornice normativa, come detto, inadeguata, al cui cospetto, però, il medico rischia comunque di essere esposto.

Peraltro, va detto che anche le successive proposte avanzate in seno al Ministero della Salute non sono state recepite all'interno dei molti provvedimenti governativi adottati negli ultimi mesi: si era prospettato, in questa ulteriore chiave interpretativa, di escludere dall'area di punibilità le condotte tenute durante lo stato di emergenza e in conseguenza (o in ragione, o in funzione) dell'emergenza o da essa comunque generati, nell'esercizio di professioni sanitarie o socio-sanitarie presso strutture, pubbliche o private (o anche nello svolgimento delle attività degli organi di vertice o datoriali delle stesse, nonché nello svolgimento delle funzioni dirigenziali presso le predette strutture o presso il competente assessorato regionale).

Ancora più di recente, il Vice Ministro della Salute, Sen. Sileri, è tornato sulla questione dello scudo penale, sottolineando l'importanza di garantire un risarcimento alle persone danneggiate ma, allo stesso tempo, di evitare un uso distorto dallo strumento penale, che vada in modo ingiustificato a colpire proprio i medici, che già hanno dovuto subire, più di altre categorie di lavoratori, le conseguenze della pandemia.

Al netto di queste, pur importanti, prese di posizione e a fronte di un quadro politico ancora lontano dal trovare un punto di convergenza sul tema dello scudo penale, può osservarsi, in termini generali, che la previsione di una espressa e generalizzata causa di esonero della responsabilità penale per gli operatori sanitari potrebbe entrare in tensione con alcune delle caratteristiche proprie del diritto penale: il carattere "statuale" del "diritto punitivo" potrebbe, di fatti, scontrarsi con la struttura *"a geometria variabile"* della diffusione che ha conosciuto il virus, decisamente più significativa nelle regioni del nord Italia, e, in particolare, in Regione Lombarda. Per questa ragione, in linea con la dottrina penalistica che si è occupata del tema[39], sarebbe importante creare un preciso collegamento cronologico e, soprattutto, funzionale con il periodo emergenziale, servendosi anche di precisi indici legati alla eccezionalità della situazione in cui i medici hanno dovuto operare al fine di limitarne l'eventuale responsabilità. Allo stesso tempo, però, non si può non considerare come una costruzione eccessivamente "aperta", in grado di valorizzare le peculiarità e le specificità dei singoli casi concreti, potrebbe determinare applicazioni giurisprudenziali non sempre univoche, con evidenti ripercussioni sul principio di uguaglianza. Insomma, anche qualora il decisore politico, all'esito di un delicato confronto tra le forze parlamentari, dovesse arrivare ad una sintesi, dal punto di vista della tecnica di normazione la previsione di questo scudo appare circondata da una serie di difficoltà.

5. Riflessioni conclusive

Sullo sfondo della problematica dello "scudo penale" per i medici si apre un complesso bilanciamento di interessi costituzionali: il diritto di agire in giudizio, facendo valere le proprie

[39] Si veda, per una sintesi delle posizioni espresse da alcuni autorevoli commentatori, il contributo di M. PETRINI, *Responsabilità Medica e Covid 19*, cit.

pretese risarcitorie, da parte di chi abbia personalmente subito un danno come conseguenza di una condotta colposa del medico o lamenti, indirettamente, la perdita di un familiare; l'interesse dello Stato alla repressione di queste stesse condotte; l'esigenza di proteggere il personale medico da azioni giudiziarie infondate, anche per garantire, di riflesso, un ordinario svolgimento dell'attività medico-sanitaria; nonché la correlata esigenza di evitare un ingolfamento della macchina giudiziaria, già fortemente compromessa, proprio a causa della pandemia Covid-19.

Spetterebbe al decisore politico decidere se e come bilanciare tutti questi interessi di rilievo costituzionale: l'inadeguatezza dell'attuale quadro normativo, di cui, in particolare, all'art. 590-*sexies* c.p., dovrebbe, come già detto, indurre il legislatore ad occuparsi, al più presto, di questo tema. L'eccezionalità della situazione, come abbiamo visto, ha determinato l'adozione di una serie di misure straordinarie, con forti ricadute anche sugli equilibri della forma di governo, che hanno inciso sulle nostre libertà fondamentali per un tempo notevole; questa stessa eccezionalità, in virtù della sua origine e caratterizzazione sanitaria, dovrebbe giustificare anche l'introduzione di una causa di esclusione della responsabilità per i medici che si sono trovati a lavorare, in condizioni emergenziali, per assistere i pazienti Covid-19.

Il rischio, come successo in altri casi negli ultimi anni nel campo della tutela dei diritti[40], è che, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, il delicato compito di bilanciare quegli stessi interessi venga poi svolto dal singolo giudice del caso concreto, senza però che sia assicurata alcuna garanzia, in merito ad una uniforme e generalizzata applicazione della normativa.

[40] Sul tema, sia consentito il rinvio a M. D'Amico, *Diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, 2016.

Margherita Pala

Avvocato del Foro di Firenze

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI OPERATORI SANITARI AL TEMPO DEL SARS-COV-2. PROBLEMATICHE [1]

"Medico aiuta te stesso: così aiuterai anche i tuoi malati"

(Friedrich Nietzsche)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità penale degli operatori sanitari - l'art. 590 sexies c.p. - 3. Le problematiche derivanti dall'operare nell'emergenza sanitaria dovuta al SARS-CoV-2. - 4. "Scudo penale" e stato di necessità. Una possibile soluzione?

1. Introduzione.

Il sostantivo "emergenza" che ha connotato e, per certi aspetti, connota ancora la quotidianità di ciascuno - causa la diffusione del "SARS-CoV-2" - non trova migliori circostanze di quelle venutesi a creare all'interno delle strutture sanitarie (di qualsivoglia tipo) e, conseguentemente, di quelle che la moltitudine - quantitativa e qualitativa - di operatori sanitari si sono trovati ad affrontare.

Il medesimo sostantivo - "emergenza" - è, al contempo, ciò che, in ambito di responsabilità medica, tende a causare per sua natura incertezze, irrisolti, dubbi.

Ed è proprio nel "contesto Covid" che i dubbi, le incertezze, le lacune divengono ingestibili.

Come, forse, ingestibile per gli operatori sanitari, in quelle condizioni, era l'emergenza.

Detto in altri termini: il "contesto Covid" altro non è che un moltiplicatore delle già radicate problematiche che si riscontrano nell'accertamento della responsabilità penale sanitaria in contesti emergenziali.

Vediamo perché.

2. La responsabilità penale degli operatori sanitari - l'art. 590 sexies c.p.

L'art. 590 sexies c.p., introdotto con la Legge n. 24 del 2017 (cosiddetta Legge "Gelli-Bianco"), prevede che, qualora i fatti di cui agli articoli 589 (*"Omicidio colposo*") e 590 ("*Lesioni personali*

1. Articolo collegato al primo incontro del convegno "Eroi o imputati? Medici, infermieri, strutture sanitarie. Profili di responsabilità al tempo del COVID-19" del 15 giugno 2020.

colpose") vengano commessi nell'esercizio della professione sanitaria, ad essi si applicano le pene ivi previste; tale punibilità viene tuttavia esclusa quando:

a. l'evento si verifichi a causa di imperizia (e, dunque, mancata abilità o esperienza);

b. siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali;

c. le raccomandazioni previste dalle linee guida erano adeguate alle specificità del caso concreto.

Uno dei punti nevralgici e maggiormente criticati della riforma così intervenuta è quello relativo alla marcata procedimentalizzazione introdotta relativamente alle modalità di formazione ed approvazione delle linee guida e delle buone pratiche, affiancata dall'istituzione di un Osservatorio nazionale e di un sistema nazionale di pubblicazione delle stesse tesi ad assicurare lo svolgimento dell'attività sanitaria in modo uniforme e conforme ad evidenze scientifiche controllate.

Le critiche - più che condivisibili, sono dovute all'aver omesso di considerare - e torneremo sul punto - che tale procedimentalizzazione diviene inevitabilmente impossibile in situazioni emergenziali; in sostanza, rendendo impossibile al medico operare nella legalità in corso di emergenze come quella di cui trattasi.

Non essendo, questa, l'unica criticità - peraltro irrisolta - delle disposizioni introdotte, proprio sull'art. 590 sexies c.p. sono intervenute, chiarendo ulteriori dubbi interpretativi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[2].

Per sommi capi e per quanto ivi di interesse:

- nonostante la mancata differenziazione tra colpa lieve e colpa grave, si afferma che, consistendo la colpa grave in una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato e consistendo, dunque, anche nel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali/strumentali, la regola dell'esclusione della responsabilità non può riguardare per la colpa grave, essendo quest'ultima inconciliabile con il rispetto delle linee guida. Conseguentemente e quale primo punto, la causa di esclusione della punibilità potrà valere solo ed esclusivamente nei casi di imperizia connessi a colpa lieve.

- Ferma tale statuizione, le Sezioni Unite forniscono criteri, ivi particolarmente rilevanti, finalizzati alla valutazione del grado della colpa. A titolo meramente esemplificativo: la problematicità della vicenda, la difficoltà delle condizioni nelle quali è svolta l'attività sanitaria, la difficoltà di collegare le informazioni cliniche, il grado ti atipicità e/o novità della situazione clinica.

[2] Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, ric. Mariotti.

- Ancora, l'esclusione della punibilità - a questo punto - per colpa lieve dovuta ad imperizia, potrà aversi solo ed esclusivamente nei casi in cui l'errore si sia realizzato nella fase di applicazione, ovvero di esecuzione delle linee guida o buone pratiche; mai, invece, in quella di individuazione delle stesse.

Altro problema è, se le stesse linee guida non esistono (!).

Concludendo, per ora sul punto, e volendo riassumere la portata della fattispecie di cui all'art. 590 sexies c.p. in uno con l'interpretazione resa dalle Sezioni unite, la punibilità dell'operatore sanitario per morte o lesione derivanti dall'esercizio dell'attività professionale sarà esclusa solo se ed in quanto abbia agito in ossequio a raccomandazioni contenute nelle linee guida o buone pratiche assistenziali - pubblicate ai sensi di legge e pertinenti al caso concreto - errando (per colpa lieve) nel momento - e solo in quello - attuativo di tali raccomandazioni.

3. Le problematiche derivanti dall'operare nell'emergenza sanitaria dovuta al SARS-CoV-2.

Come anticipato, l'"emergenza" - non in sé per sé, ma - affiancata dalla diffusione del SARS-CoV-2 è precipuamente un moltiplicatore delle complicazioni che, per sua stessa sostanza, ineriscono l'accertamento della responsabilità penale dell'operatore sanitario[3]; rendendo irrefrenabili, ingestibili le incertezze.

Si riscontrano tre ordini di problematiche, *ictu oculi* riconoscibili:

a. l'assenza di linee guida, di qualsivoglia genere;

b. l'assenza di strumenti idonei a svolgere l'attività sanitaria;

c. le difficoltà - se non impossibilità - di accertare l'esistenza del nesso di causa tra la condotta del medico e la morte o le lesioni arrecate.

Partiamo dalla prima problematica, ovvero la totale assenza di linee guida.

Di più.

La totale assenza di linee guida, ivi, significa assenza di linee guida, sì in relazione al profilo terapeutico e, quindi, di vera e propria cura del paziente, ma, altresì, assenza di linee guida relativamente all'approccio che l'operatore sanitario deve attuare rispetto al paziente, già nell'attimo in cui si verifica l'accesso alla struttura.

Se la complessità della situazione, l'emergenza in atto, la novità del *virus* avvicinano la condotta all'alveo della colpa lieve, con la conseguente possibilità di escludere la responsabilità penale dell'operatore sanitario, il requisito inerente le linee guida, procedimentalizzate *ex* Legge Gelli-Bianco, rende inapplicabile, nella situazione *de qua*, l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite della

[3] Si tenga conto che, già in tempi normali, circa il 97% dei procedimenti penali nei confronti di operatori sanitari si conclude con un'archiviazione o assoluzione.

Corte di Cassazione e, dunque, alcuna soluzione che viri verso l'esclusione della punibilità potrà esservi.

E volendo escludere - sempre che sia consentito - la rilevanza della procedimentalizzazione e della pubblicazione nel Sistema Nazionale?

Ci troveremmo davanti ad una serie di indicazioni fornite da Protocolli resi dalle Unità Sanitarie Locali o da Ordinanze Regionali che costituiscono ed hanno costituito un ***work in progress*** rispetto al quale gli operatori sanitari hanno dovuto progressivamente adattarsi; progressivamente - appunto - che, inevitabilmente, esclude una prontezza ed adeguatezza delle regole ai casi concreti che quotidianamente si affrontavano.

Non solo.

A ciò si aggiunge l'indisponibilità di mezzi adeguati ad affrontare, proprio sulla base delle pratiche indicate in tali protocolli (non procedimentalizzati), l'emergenza.

Tanto per dirne una: gli operatori sanitari erano sprovvisti di adeguati dispositivi di Protezione.

In tale contesto, un altro quesito.

Delle due l'una: o mi attivo, in tal modo rispettando le indicazioni fornitemi ma in assenza degli strumenti richiesti o, in alternativa, rimango inerte non curando il paziente.

Ed in quest'ultima possibilità, un altro quesito: prendendo il caso delle Residenze Sanitarie per Anziani (RSA), il rimanere inerte per l'impossibilità di operare in condizioni adeguate, cos'è? Abbandono di persona incapace?

Stiamo - stavano - evidentemente percorrendo una strada priva di vie d'uscita. Una problematica irrisolvibile.

Ciò a meno che si pensi alla necessità - stante l'assenza di linee guida, la mancata fornitura di strumenti adeguati - di risalire la catena organizzativa, giungendo all'individuazione di un responsabile - questa volta - civile della struttura, delle Aziende o degli organi amministrativi ai quali sia effettivamente riconducibile tale omissione.

Ma non basta.

Alla complessità appena descritta ed alle relative incertezze si aggiunge altra difficoltà, ovvero l'impossibilità, nella maggior parte dei casi, di accertare l'esistenza del nesso di causa tra la condotta dell'operatore sanitario e la morte della persona offesa.

Una lacuna importante ed incolmabile, causata dall'aver omesso - nella solita "emergenza" moltiplicatore di difficoltà - di effettuare accurate autopsie in caso di decesso dei pazienti.

Dunque, quale consulente tecnico o esperto potrà affermare che il decesso è stato causato solo e proprio dal SARS-CoV-2. Come questo può essere accertato con ragionevole certezza in quei pazienti che - esemplificando - nelle RSA avevano un'età avanzata e ivi erano ricoverati per le condizioni fisiche precarie dovute ad altre patologie dalle quali erano affetti? Quale patologia ha causato il decesso?

Un giudizio controfattuale, necessario per l'accertamento del nesso di causalità nella responsabilità medica, diviene impossibile senza i risultati di un esame autoptico.

4. "Scudo penale" e stato di necessità. Una possibile soluzione?

A fronte di evidenti problematiche e - forse - perseguendo banalmente particolari interessi, nel pieno dell'emergenza si era giunti ad ipotizzare l'introduzione di uno "scudo penale", di uno strumento, dunque, che, alla presenza di determinate condizioni, avrebbe escluso la responsabilità penale degli operatori sanitari nel periodo di interesse.

O almeno così veniva presentato.

Guardando al primo emendamento (al Decreto Cura Italia) presentato, lo stesso si riferiva, *in primis*, all'esclusione della responsabilità penale per le condotte professionali mediche, sancendone la non punibilità in sede penale ove fossero caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica ed ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere[4].

Si trattava, in sostanza, di rimettere - di nuovo - all'organo giudicante la decisione.

Ma vi era di più.

L'esclusione della responsabilità riguardava non solo gli operatori sanitari di cui sopra, ma anche le condotte gestionali o amministrative purché non fosse accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le aveva poste in essere o che vi aveva dato esecuzione.

Sorge, inevitabilmente, il dubbio che l'iniziativa fosse diretta a fornire una protezione, più che all'operatore medico, alle figure gestionali o amministrative, sulle quali - per i motivi sino a qui evidenziati - è altamente probabile ricadano le responsabilità.

Ciò, a maggior ragione, se si tiene conto che il Codice Penale ed il diritto vivente offrono comunque adeguate difese ai sanitari, finalizzate a fronteggiare eventuali denunce delle quali siano destinatari. Si tratta, nello specifico, dell'esimente dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.[5];

[4] Escludendo, così e quale unica nota positiva, la rilevanza della procedimentalizzazione, ma (ricordando come, quest'ultime e in ogni caso, costituissero un "*work in progress*" che, inevitabilmente, esclude prontezza ed adeguatezza delle regole).

[5] Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

esimente, questa, che - già applicata "ordinariamente" alla responsabilità medica - potrebbe, nel contesto emergenziale *de quo* - essere impiegata più largamente rispetto alle condizioni di lavoro ordinarie.

Ad oggi, in ogni caso, alcuno scudo penale è stato previsto, né nel Decreto Cura Italia né in altri interventi legislativi successivi, nonostante ancora se ne vociferi l'introduzione.

Insomma, "*medico aiuta te stesso: così aiuterai anche i tuoi malati*".

Patrizia Pompei
Presidente di Sezione Civile presso il Tribunale di Firenze

RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI SANITARI E *RISK MANAGEMENT* AL TEMPO DEL COVID 19

Il dilagare della pandemia da Covid 19 ha posto, dopo un primo momento di concentrazione sulla risposta terapeutica immediata, caratterizzato dalla coesione sociale intorno allo sforzo del personale sanitario ed alle opzioni politiche di gestione dell'emergenza, una serie di problematiche inerenti alla corretta gestione dell'epidemia, che inducono a vagliare l'applicabilità dei modelli tradizionali d'inquadramento della responsabilità medica, a fattispecie del tutto nuove, a poco tempo dall'entrata in vigore della legge 8.3.2017, n. 24 – legge Gelli - Bianco.

A fronte della novità della patologia, e dell'assenza di conoscenze scientifiche relative alla stessa, numerosi interrogativi si pongono agli operatori del diritto, quanto alla "tenuta" del parametro del rispetto delle linee guida per la limitazione della responsabilità per imperizia, tanto nel settore civile quanto in quello penale; all'operatività di detto parametro per le sole fattispecie dell'omicidio e delle lesioni, e non, invece, per il reato di epidemia; alle implicazioni etiche relative alle scelte d'impiego dei mezzi limitati a disposizione, a fronte dell'urgenza terapeutica; all'atteggiarsi della responsabilità civile, essendo stata subito avvertita dalla coscienza sociale l'onerosità del compito richiesto al personale sanitario tutto, e l'iniquità di soluzioni che non tenessero conto dell'inesigibilità di una condotta alternativa, pur essendo con pari intensità avvertita l'esigenza di un doveroso ristoro a dei danni subiti da ampia parte della popolazione.

Il carattere del presente contributo è tale da importare un'analisi necessariamente circoscritta delle problematiche richiamate, nella consapevolezza che maggiori e più esaustive risposte saranno fornite nelle fattispecie concrete all'esame dei tribunali, tanto in sede civile che penale, essendo già state, all'attualità, intraprese varie azioni, ed altre potendosene concretizzare, in ipotesi dell'avvento delle paventate ulteriori fasi dell'epidemia (si pensi, al riguardo, anche alla prossima entrata in vigore della legge 12.4.2019 "Disposizioni in materia di azione di classe", che estende l'ambito della *class action)*; e tuttavia, si diceva, nell'immediatezza della conclusione delle prime fasi dell'epidemia, appare interessante vagliare l'applicabilità degli schemi tradizionali della responsabilità medica alle fattispecie del tutto nuove prospettate dall'epidemia da Covid 19.

Il primo profilo da affrontare è quello delle "linee guida", che costituiscono il perno su cui ruota l'impianto della legge Gelli - Bianco, volto a circoscrivere la responsabilità medica, arginando l'espansione della c.d. "medicina difensiva".

Secondo l'art. 5 di tale legge, che disciplina le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida; in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Il comma II di detto articolo detta disposizioni volte a regolamentare l'iscrizione nell'elenco di cui al comma I di detti enti ed istituzioni pubblici e privati, in maniera da garantire i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale, la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e, soprattutto, all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica; sono altresì disciplinate le procedure di iscrizione all'elenco, nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

Come si vede, l'emanazione delle linee guida è minuziosamente regolamentata, in maniera tale da garantire che le stesse siano effettivamente espressione della più accreditata produzione scientifica, in quanto elaborate da istituzioni, pubbliche o private, sottoposte, comunque, al controllo pubblico del Ministero della Salute, e delle quali è garantita l'autonomia ed indipendenza, anche sotto il profilo dell'assenza di conflitti d'interesse, di scopo di lucro, ecc.; a dette linee guida, ed agli aggiornamenti delle stesse, a norma del III comma dell'art. 4, è inoltre data pubblicità nel sito dell'Istituto superiore di sanità, prevedendosi un ulteriore controllo avente ad oggetto la verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

All'importanza e centralità delle linee guida e raccomandazioni tecnico – scientifiche nell'impianto della legge, il cui rispetto costituisce, a norma degli articoli 6 e 7, parametro per la valutazione della responsabilità civile e penale del sanitario, fa dunque riscontro un articolato procedimento per l'adozione e l'aggiornamento delle stesse.

L'art. 6 della legge Gelli-Bianco, disciplinando la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, prevede che dopo l'articolo 590 *quinquies* del codice penale è inserito l'art. 590 *sexies*, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, prescrivendo che se i fatti di cui agli articoli 589 c.p. e 590 c.p. sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste, salvo quanto disposto dal II comma

dell'articolo, che, a sua volta, prevede che, 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.

La previgente normativa in materia, prevista dal decreto legge 13.9.2012, n. 158 – decreto Balduzzi, convertito con modificazioni nella legge 8.11.2012, n. 189), escludeva la responsabilità penale per condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Anche l'art. 6 della legge Gelli-Bianco, come detto, impernia la disciplina della responsabilità penale in campo medico sul rispetto delle linee guida per la valutazione della colpa per imperizia, eliminando la distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

Com'è noto, l'interpretazione del disposto dell'art. 6 ha dato luogo a due diversi indirizzi giurisprudenziali, ed il contrasto è stato composto dalla Suprema Corte con l'intervento delle Sezioni Unite di cui alla sentenza n. 8770/2018.

Secondo un primo orientamento, infatti, espresso dalla Cassazione nella sentenza 50078/2017, la causa di non punibilità della nuova legge opererebbe solo nelle ipotesi di imperita applicazione delle linee guida nella fase esecutiva, essendo volto l'intervento del legislatore, tramite la novella, a contrastare il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, ed essendo stata introdotta una causa di non punibilità in modo da attenuare il giudizio sulla colpa medica, al fine di permettere al medico di operare più serenamente.

Secondo altro orientamento invece, espresso nella sentenza della Suprema Corte n. 28187/2017, il rispetto delle linee guida da parte del medico non esclude la punibilità della sua condotta, in quanto, diversamente argomentando, si verificherebbe un contrasto con l'articolo 32 Cost. e con i principi della responsabilità penale, ed essendo necessario, secondo la Corte, che il comportamento diligente abbia significative possibilità di evitare il danno

Nel caso sottoposto all'attenzione della IV Sezione della Suprema Corte, che aveva quindi rimesso la questione alle Sezioni Unite, l'omissione diagnostica del sanitario era stata considerata caratterizzata da imprudenza, negligenza ed imperizia, con ritardo che aveva determinato un differimento dell'intervento chirurgico necessario nel caso di specie, con conseguente danno al paziente.

La Suprema Corte era stata, quindi, stata investita del compito di delineare l'ambito applicativo, in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria nel campo penale, della previsione di non punibilità prevista dall'articolo 590 sexies c.p., introdotto dalla legge Gelli - Bianco.

La Corte ha, sul punto, sottolineato che la previsione dell'articolo 6 non introduce un'automatica esenzione da responsabilità, non essendo sufficiente, per l'esenzione in questione, la sola osservanza delle linee guida, evincendosi piuttosto, proprio dalla lettera della norma, che per escludersi la responsabilità le linee guida devono essere adeguate al caso concreto.

La Corte chiarisce, inoltre, che l'articolo 6 della Legge Gelli non opera in quegli ambiti che non siano governati da linee guida o negli ambiti in cui le raccomandazioni devono essere radicalmente disattese, per via della peculiarità della condizione del paziente, riconducendo i casi di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni a titolo di colpa a quattro distinte ipotesi, allorché, cioè, l'evento si sia verificato per colpa, sia lieve che grave, da negligenza o imprudenza, ovvero l'evento si sia verificato per colpa, sia lieve che grave, da imperizia nell'ipotesi di un caso concreto non regolato da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali, ovvero, ancora, l'evento si sia verificato per colpa, sia lieve che grave, da imperizia nell'individuazione di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate allo specifico caso concreto, ovvero, infine, l'evento si sia verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

Riflettendo sui principi enunciati nella pronuncia della Suprema Corte, risulta evidente il dato incontrovertibile che, se le linee guida codificano, nel momento storico, le migliori conoscenze scientifiche in un dato settore, sono, cioè, le migliori regole scientifiche applicabili al caso concreto, e le stesse sono state rispettate dal sanitario, deve concludersi che l'evento non sia, in concreto, imputabile all'operato di detto sanitario; venendo, dunque, in questione, prima che un problema di carenza di colpa, non essendo il sanitario rimproverabile per l'imperizia, un problema di mancanza di nesso causale tra la condotta del sanitario e l'evento.

In sostanza, cioè, se le linee guida codificano le *leges artis*, cioè la miglior scienza all'attualità nel caso concreto, in ipotesi di rispetto delle stesse, e di verificazione, ciononostante, dell'evento, non potrebbe che concludersi che l'evento, secondo le conoscenze scientifiche disponibili, non è stato causato dall'agente.

Dall'applicazione dei principi enunciati dalla Suprema Corte, possono trarsi preziosi spunti per l'individuazione di talune direttrici in grado di orientare l'operatore del diritto in un ambito inesplorato, quale quello della responsabilità medica per le fattispecie di infezione da Covid 19.

Sicuramente, infatti, non potrà discorrersi in tal caso di responsabilità del sanitario perché l'evento si è verificato per colpa, sia lieve che grave, da imperizia nella individuazione di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate allo specifico caso concreto, ovvero perché l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di linee guida o buone pratiche clinico-

assistenziali, non essendo individuabili, come detto, all'attualità, per la novità della patologia, linee guida adeguate al caso concreto, non esistendo evidenze scientifiche acquisite, validate attraverso il procedimento di adozione delle linee guida, come disciplinato dall'art. 5 della l. Gelli -Bianco; e, d'altro canto, la complessità del procedimento di formazione delle linee-guida, esclude che a breve le stesse possano essere individuate, e possano operare come parametri per la valutazione della responsabilità del sanitario.

Così pure non appare configurabile alcuna responsabilità per l'ulteriore fattispecie presa in esame nella pronuncia delle Sezioni Unire, relativa all'ipotesi in cui l'evento si sia verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico, sempre in considerazione dell'inesistenza, all'attualità, di linee guida in materia di patologia da Covid 19.

Quanto alla fattispecie di responsabilità relativa al caso in cui l'evento si sia verificato per colpa, sia lieve che grave, da negligenza o imprudenza, deve osservarsi che la peculiarità dell'epidemia da coronavirus, con tutti i corollari implicati dalla novità della patologia, e, appunto, dall'assenza di linee guida che codifichino le regole di condotta secondo le *leges artis*, non esclude che l'agire del sanitario debba essere improntato alla normale diligenza e prudenza.

In particolare, problemi potranno sorgere con riferimento a situazioni determinatesi proprio in conseguenza delle peculiarità della pandemia; si pensi, ad esempio, al reclutamento degli specializzandi, ovvero al richiamo in servizio di medici pensionati, resi necessari dall'aumentata necessità di forze da impiegare nel contrasto al virus.

In tali casi, potrà porsi qualche problema sotto il profilo della valutazione dell'operato del sanitario che scelga generosamente di apportare il proprio contributo, non adeguato in relazione al livello della completezza della preparazione scientifica, ovvero anche allorché le condizioni fisiche siano provate da uno sforzo di prestazione dell'attività senza il necessario tempo del riposo e del ristoro fisico.

Potrebbe essere il caso, proprio, degli operatori divenuti simbolo dell'abnegazione e del sacrificio, durante la pandemia, di coloro che si addormentano esausti, dopo aver dedicato all'attività di cura le ultime forze, ovvero, come detto, degli specializzandi, o dei medici in pensione, che hanno deciso di apportare il loro contributo, mossi dalla drammaticità della situazione.

Per tutte tali posizioni potrebbe comunque invocarsi, in ipotesi normalmente riconducibili alla responsabilità, lo stato di necessità, come pure l'inesigibilità di un comportamento diverso, per quanto riguarda il singolo operatore sanitario, mentre le criticità organizzative correlate a tali fattispecie attengono alle problematiche del *risk management*, delle quali si tratterà in prosieguo.

Trattasi, tuttavia, di valutazioni complesse e delicate, suscettibili, anche, di possibili esiti differenti; ed in tali casi, a parere di chi scrive, lo stato di necessità e l'inesigibilità del comportamento

diverso potrebbero più difficilmente operare, quali esimenti, rispetto alla responsabilità della struttura sanitaria, alla quale potrebbe farsi carico di un'inadeguata gestione del *risk management*, a fronte dell'obbligo di dotarsi di un'idonea organizzazione di mezzi e persone, capace di far fronte anche all'aumentato fabbisogno d'intervento terapeutico.

Gli obblighi gravanti sulle strutture sanitarie vanno, tuttavia, valutati con ponderazione, in maniera da accertare caso per caso il rispetto dell'adeguata gestione del *risk management*, come più adeguatamente si dirà trattando, in prosieguo, del danno c.d. nosocomiale.

Altra fattispecie che potrebbe verificarsi è quella in cui l'evento si sia verificato per colpa, sia lieve che grave, da imperizia nell'ipotesi di un caso concreto non regolato da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali.

Anche nell'ipotesi di pazienti infetti da Covid 19, potrebbe infatti ravvisarsi l'imperizia del sanitario in relazione alle *leges artis* che regolano la prestazione terapeutica non con specifico riferimento alle patologie da Covid – si pensi, ad esempio, ad un'inadeguata tracheotomia, ecc. -.

Va poi osservato che la perizia può attenere non soltanto alla conoscenza delle leggi scientifiche correlate alla patologia da Covid 19, ma, anche, a conoscenze scientifiche relative a diverse altre patologie, che con la prima vengano a coesistere.

Com'è noto, sono state ampiamente constatate la maggiore vulnerabilità ed assoggettabilità ad infezione da Covid 19 di soggetti già affetti da altre patologie, nell'ipotesi di contatto con il virus, così come si è pure constatata la maggiore lesività dell'infezione per tali soggetti.

Le implicazioni dell'infezione da Covid 19 per i pazienti già affetti da altre patologie presentano profili di particolare delicatezza, potendo porsi in tali casi il problema dell'incidenza dell'imperizia relativa alla patologia diversa da quella da Coronavirus, nonché l'ulteriore questione della delicatezza e complessità dell'accertamento della causa dell'evento dannoso.

L'inesistenza, tuttavia, di acquisizioni scientifiche consolidate in materia di Covid 19, stante la novità della patologia, riveste sicura incidenza sulla valutazione del nesso causale, come è dimostrato dalle disquisizioni, nell'ambito del dibattito sul punto, circa il numero delle morti di pazienti "per" il Covid, e di quelle di pazienti morti "con" il Covid.

Ulteriore problematica dibattuta è quella relativa alle difficoltà di accertamento del nesso causale, in assenza di autopsie espletate sui pazienti deceduti; con riserva di soffermarsi su tale aspetto più diffusamente in prosieguo, deve però fin da ora evidenziarsi come la situazione del paziente, le terapie praticate ed ogni altro elemento attinente al decorso clinico devono essere riportati in quello che è il "diario" della malattia, cioè la cartella clinica, dalla quale possono trarsi le informazioni utili per l'inquadramento dello stato di salute del paziente e la ricostruzione del nesso causale.

Passando quindi ad esaminare la problematica della responsabilità medica da Covid 19 in materia civile, va osservato come l'art. 7 della legge Gelli - Bianco diversifica la disciplina di detta responsabilità, a seconda che si tratti di quella della struttura ovvero di quella dell'esercente la professione sanitaria.

Come noto, anteriormente all'emanazione di detta normativa, la Suprema Corte, a partire dalla pronuncia n. 589/1999, ha valorizzato gli obblighi di protezione correlati all'attività medica in virtù della natura della stessa, e delle particolari cognizioni tecnico –scientifiche in possesso degli esercenti detta professione, tali da porli in grado di curare interessi primari, quali quelli della salute e della vita umana, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

La Corte ha dunque ancorato la fonte della responsabilità al contatto sociale, di per sé idoneo a fondare l'obbligo del sanitario di curare il paziente.

L'individuazione di tale fonte di responsabilità aveva condotto, com'è noto, al superamento della distinta regolamentazione della responsabilità del singolo medico, ricostruita, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza precedenti secondo il paradigma della responsabilità extracontrattuale,

e di quella della struttura, ritenuta, invece, di natura contrattuale, con conseguente approdo all'uniformità di disciplina, e superamento della differenziazione normativa in punto di prescrizione (decennale per la responsabilità contrattuale, ex art.2946 c.c., quinquennale, ex art. 2947, comma I c.c., per la responsabilità extracontrattuale), di onere della prova del nesso causale tra condotta ed evento dannoso (gravante sul danneggiato, nella responsabilità extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., dovendo, invece, nelle fattispecie di responsabilità contrattuale, il debitore provare la non imputabilità dell'inadempimento, ex art. 1218 c.c.), nonché, infine, del diverso ambito di estensione dei danni risarcibili (limitati, ex art. 1225 c.c., a quelli prevedibili, per l'ipotesi di responsabilità contrattuale, al di fuori dell'ipotesi del dolo, limitazione non applicabile alla responsabilità extracontrattuale, per effetto del mancato richiamo nell'art. 2056, comma I c.c., all'art. 1225 c.c.).

Secondo la ricostruzione della Suprema Corte antecedentemente all'emanazione della legge Gelli – Bianco, dunque, tanto la responsabilità del singolo medico, che quella della struttura, rimanevano assoggettate al termine decennale di prescrizione, all'esclusione della risarcibilità dei danni non prevedibili, ad eccezione dei casi di dolo, alla ripartizione dell'onere probatorio secondo la disciplina dettata dall'art. 1218 c.c., dovendo il paziente che agisse per ottenere il risarcimento del danno allegare l'intervento del sanitario e la mancata guarigione o, addirittura, il peggioramento delle condizioni di salute, ed incombendo, invece, sulla controparte la prova che l'inadempimento era dovuto a causa a sé non imputabile.

Come visto, invece, l'opzione della legge Gelli-Bianco è stata, all'art. 7, quella di reintrodurre la distinzione tra la posizione degli esercenti la professione sanitaria e quella della struttura sanitaria o

sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera dei primi, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, prevedendosi espressamente al comma I di detto art. 7 che la responsabilità della struttura sia disciplinata ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile; il II comma dell'articolo prevede, inoltre, l'estensione della disposizione di cui al comma I, anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

Il comma III dell'art. 7 prescrive invece che l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, prescrivendo altresì che il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della legge.

La Suprema Corte ha poi precisato, in punto di onere della prova, che nei giudizi risarcitori da responsabilità medica si presenta un "doppio ciclo causale" (Cass. 18392/2017), per cui da un lato il creditore - danneggiato deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza o l'aggravamento della patologia o la morte e la condotta del sanitario (*fatto costitutivo del diritto*), dall'altro il debitore-danneggiante deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (*fatto estintivo del diritto*); la c.d. causa incognita resta, poi, secondo la Corte, a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, e del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere.

Il debitore è, dunque, tenuto a provare che l'inadempimento è, nella fattispecie dedotta in giudizio, derivato da causa a lui non imputabile solo dopo che il creditore-danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della patologia o la morte siano eziologicamente riconducibili alla condotta del danneggiante.

Ciò, precisa sempre la Corte, è dovuto alla peculiarità della responsabilità sanitaria, in quanto nella responsabilità contrattuale *lato sensu* intesa, la causalità materiale, in teoria, si distingue dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, laddove, in pratica, non è separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e, dunque, al danno evento; mentre, nella responsabilità sanitaria, la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta.

Nel settore della responsabilità civile sanitaria, dunque, l'interesse primario del creditore corrisponde alla guarigione, laddove l'oggetto della prestazione sanitaria consiste nel diligente svolgimento della prestazione professionale, ossia nel rispetto delle *leges artis*, con il corollario per cui l'eventuale aggravamento del malato o il suo decesso non derivano automaticamente dalla violazione delle *leges artis* medesime.

Ciò si traduce, sotto il profilo probatorio, nell'accertamento della causalità secondo il principio del "*più probabile che non"*, laddove la causalità penale si fonda, invece, sempre secondo la ricostruzione operata dal Supremo Collegio, sul diverso principio "*dell'oltre ogni ragionevole dubbio*" (enunciato, *in primis*, dalla nota pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite 30328/2002 , c.d. "sentenza Franzese").

Il diverso atteggiarsi dei due principi, della preponderanza dell'evidenza o del *più probabile che non*, in ambito civile, e dell'*oltre ogni ragionevole dubbio,* in quello penale*,* può indurre, in materia di responsabilità medica da Covid19, ad optare per una soluzione volta a privilegiare il ristoro dei danni in sede civile, attesa, come detto, l'insussistenza, per la patologia da Covid 19 di leggi scientifiche certe, o quantomeno tali da escludere, in concorso con le circostanze del caso concreto, ogni ragionevole dubbio.

In un contesto caratterizzato, dunque, dalla novità della patologia e dallo stato della scienza di cui si è detto, appare suggestiva l'opzione di gestire il *risk management* attraverso la più ampia tutela degli interessi del danneggiato in sede civile, limitandosi al massimo la responsabilità penale, stante il principio di personalità della pena (art. 27, comma I c.p.), e ciò anche, come detto, in considerazione dei diversi principi regolatori della causalità nell'ambito civile ed in quello penale; di ciò si parlerà più diffusamente in prosieguo, allorché si tratterà dei possibili correttivi alla responsabilità sanitaria correlata alle patologie da Covid 19, uno dei quali è costituito dal ristoro del danneggiato attraverso la corresponsione di un indennizzo.

Risulta dunque evidente, in base a quanto detto, che a delineare la responsabilità sanitaria da Covid 19 rileva non solo l'assenza di linee guida, stante l'interesse primario del creditore corrispondente alla guarigione, ma anche la mancanza di cognizioni scientifiche adeguate per l'accertamento del nesso eziologico, tali da integrare adeguatamente, nel complesso di tutte le evidenze risultanti nel caso concreto, il presupposto del "*più probabile che non*".

Come detto, il comma III dell'art. 7 della Legge Gelli Bianco prevede la valutazione, da parte del giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, della condotta

dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della legge e dell'articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6; previsione che, tuttavia, risulta anch'essa di difficile se non impossibile applicazione alla responsabilità per la gestione delle patologie da Covid 19, stante la

più volte ricordata assenza di linee guida – quantomeno, di quelle codificanti regole delle *leges artis,* che costituiscono la maggioranza, del tutto limitato essendo il numero delle linee guida che codificano, invece, regole di prudenza o perizia -.

Va inoltre ulteriormente considerato che, pur nell'assenza di certezze scientifiche sulla malattia, di cui si è più volte detto, sembra ormai pacifica l'acquisizione dell'incidenza della stessa sull'aggravamento delle condizioni di soggetti già afflitti da altre patologie, constatazione che introduce il tema dell'ampia rilevanza, per quanto riguarda la patologia da Covid 19, del danno c.d. "nosocomiale".

Lo stesso inquadramento delle infezioni nosocomiali come quelle insorte nel corso di un ricovero ospedaliero, non manifeste né in incubazione al momento dell'ingresso, e che si evidenziano dopo un certo lasso di tempo dal ricovero stesso, ovvero anche successivamente alla dimissione, ma causalmente riferibili, per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione al ricovero medesimo, rende evidente la centralità del problema per le infezioni da Covid 19.

Numerosissimi sono stati, infatti, i casi di contrazione del virus presso strutture ospedaliere da parte di pazienti in esse ricoverati per altre patologie, per contatto con altri affetti appunto da Covid, ovvero di soggetti all'interno di comunità, quali, ad esempio, residenze sanitarie assistite, istituti di riabilitazione ecc.

È prevedibile, dunque, l'inoltro di un ampio numero di denunce, e l'introduzione di azioni di responsabilità, in tutti i casi, ormai segnalati come frequenti, di soggetti che abbiano contratto il virus nelle strutture ospedaliere, case di cura, ecc., nelle quali si sono recati per curare altre e differenti patologie.

La Suprema Corte, nella recentissima ordinanza a Sezioni Unite n. 13872/2020, ha evidenziato che la regola probatoria della preponderanza dell'evidenza, che sottende all'accertamento del nesso di causalità, è caratterizzata dalla combinazioni di due regole, quella del "*più probabile che non*", e quella della "*prevalenza relativa della probabilità*", la quale ultima si applica quando sullo stesso fatto vi siano differenti ipotesi che possano connotarlo in modo diverso (la cosiddetta multifattorialità nella produzione dell'evento di danno).

Per il danno nosocomiale, occorrerà, in primo luogo, valutare l'incidenza della contratta patologia da Covid 19 a determinare l'evento in modo autonomo; ovvero, valutare l'incidenza della patologia nel concorso delle cause determinanti l'evento.

Quanto alla *vexata quaestio* relativa al mancato espletamento delle autopsie, e all'incidenza ostativa di tale omissione sull'individuazione delle cause della morte di soggetti affetti da Covid 19, va comunque osservato che dalla cartella clinica risultano le vicende della/delle patologie dalle quali è affetto il soggetto ricoverato nella struttura, ed il decorso delle stesse, onde sarà, in qualche misura,

valutabile l'evoluzione clinica in conseguenza dell'incidenza della contratta patologia da coronavirus (ad esempio, dovrà valutarsi il tempo di precedente afflizione da altra patologia, ovvero la natura della stessa, la maggiore o minore letalità, ecc.).

Comunque, il tema della responsabilità nosocomiale per le patologie da Covid 19 consente alcune riflessioni in ordine alla responsabilità organizzativa della struttura sanitaria.

Come già osservato, è evidente la centralità del problema delle infezioni nosocomiali da Covid 19.

Centralità ribadita dalla diffusione di detto danno nel periodo della pandemia, che ha sottoposto a durissima prova le strutture sanitarie, non adeguatamene attrezzate ad evitare i contagi, e soprattutto non predisposte ad attuare un efficace distanziamento tra gli utenti della struttura (tanto tra i pazienti, che tra gli operatori alla stessa addetti).

Per l'accertamento della responsabilità civile per il danno nosocomiale, occorrerà, in applicazione dei principi di cui si è detto, la prova dell'esistenza del rapporto con la struttura (contratto o contatto sociale), nonché la prova dell'insorgenza o dell'aggravamento della patologia, cioè dell'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a cagionare il danno lamentato, dovendosi, comunque, verificare se l'infezione sia ricollegabile a quelle qualificate come nosocomiali.

È ipotizzabile, comunque, un accertamento facilitato dalla valorizzazione delle circostanze del caso concreto, quali, ad esempio, il fatto della contrazione del virus anche da parte di altri pazienti, ricoverati nello stesso periodo, o il lungo tempo del ricovero in ospedale, ecc..

Potrebbero, al riguardo, trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte nelle ipotesi di contagio da emotrasfusioni infette, volti a tutelare il paziente, soggetto "debole" nel rapporto con la struttura, anche sotto il profilo della possibilità di accesso al materiale probatorio.

Va richiamata, al riguardo, la giurisprudenza della Suprema Corte sul punto, a partire dalla sentenza n. 576/2008 fino alla n. 585/ 2008.

Anche la giurisprudenza più recente, di cui alle pronunce del Supremo Collegio n. 18392/2017 e n. 28991/2019, ha ribadito il principio secondo cui il danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto o il contatto sociale e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, ed allegare l'inadempimento del debitore; la struttura ha l'onere invece di provare di aver agito con diligenza, ad esempio dimostrando che le sacche di sangue utilizzate provenivano dai centri preposti alla fornitura, o fornire altri elementi atti a comprovarne la tracciabilità, ovvero l'avvenuto controllo del materiale ematico impiegato.

Una volta, poi, che il danneggiato abbia provato la relazione causale tra condotta e lesione, adempimento invero poco complesso nel caso di ricovero ospedaliero, la dimostrazione della causa non imputabile verrà a gravare sulla struttura sanitaria, in base al principio di "vicinanza alla prova",

potendo, inoltre, il paziente far ricorso alle presunzioni, come noto, con valorizzazione della circostanza dell'assenza della patologia al momento dell'ingresso nella casa di cura – situazione agevolmente acclarabile, se si pensa ai controlli normalmente effettuati, quali la misurazione della temperatura, ecc. - a fronte del riscontro dell'infezione nel momento successivo del ricovero, ovvero dopo la dimissione.

È quindi onere della struttura provare il corretto e diligente adempimento degli obblighi sulla stessa incombenti, nonché la riconducibilità del danno a causa ad essa non imputabile, onere di difficile assolvimento, essendo arduo, nell'ipotesi di infezioni nosocomiali, risalire agli effettivi responsabili delle stesse.

La struttura sanitaria dovrà fornire, al fine di escludere la responsabilità, la prova liberatoria del diligente adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di spedalità, cioè, in sostanza, dimostrare di aver adottato un modello organizzativo adeguato, onde evitare o ridurre il rischio d'insorgenza del tipo di infezione, quale quella determinante la richiesta risarcitoria.

È agevole prevedere, a fronte delle considerazioni testé sviluppate, che anche in ipotesi di infezione nosocomiale da Covid 19 la giurisprudenza possa pervenire, come in altri campi, alla configurazione della responsabilità della struttura caratterizzata da sempre maggiori connotazioni oggettive.

E ciò, soprattutto a fronte della necessità di ristorare il danno, posto che invece, sotto il profilo della responsabilità penale, un'evidente limitazione dell'intervento sanzionatorio è conseguente all'applicazione del ricordato principio dell'"*oltre ogni ragionevole dubbio*", di cui si è trattato *supra*, anche, comunque, a garanzia del principio della personalità e tassatività della sanzione penale.

La responsabilità nosocomiale è, quindi, una tipica responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata; ma la stessa può riguardare anche i singoli operatori sanitari, che, comunque, a fronte di situazioni di carenza organizzativa possono liberarsi da ogni addebito ipotizzabile a loro carico, provando di avere tentato di porre rimedio alla causa determinante l'infezione, per quanto di competenza, o, al limite, di avere effettuato adeguate segnalazioni delle carenze organizzative agli organi competenti.

Tali ultime considerazioni introducono il tema, assai dibattuto a seguito dei picchi della pandemia, della salvaguardia del personale sanitario, che, già esposto ad una pluralità di rischi, anche per quanto riguarda la stessa incolumità personale, potrebbe essere attinto da esposti o richieste risarcitorie che la collettività e la coscienza sociale avvertono come ingiustificati.

Tramontata l'ipotesi dello scudo penale, peraltro guardato con reciproco sospetto da operatoti sanitari e vertici istituzionali , potrebbe prospettarsi quantomeno, per quel che concerne la responsabilità civile, la soluzione del rimedio indennitario, cui si è accennato *supra,* in grado di

contemperare l'interesse allo svolgimento dell'attività socialmente utile, con il ristoro della lesione di interessi costituzionalmente protetti, quali la salute, o la vita umana; nelle più recenti pronunce della Suprema Corte in materia di responsabilità per infezioni conseguenti ad emotrasfusioni o ad utilizzo di emoderivati, oltretutto, si è stabilita l'operatività del principio della *compensatio lucri cum damno* fra indennizzo e risarcimento (ordinanza Cass. n. 4309 del 14.2.2019).

Né appare, d'altro canto, maggiormente idonea alla soluzione del problema la ricostruzione della responsabilità degli operatori secondo il principio della responsabilità indiretta, sul modello di altre fattispecie, quali, ad esempio, la responsabilità civile dei magistrati – disciplinata in origine dalla legge n. 117/1998, riformata poi dalla legge n. 18 del 27.2.2015, in vigore dal 19.3.2015 - ; più che uno "schermo" della responsabilità, il momento attuale richiede l'adozione di soluzioni che, connotando in maniera sempre più oggettiva il rischio, incentivino i tentativi di migliorare la qualità delle prestazioni erogate e l'organizzazione dell'intera struttura, valorizzando altresì il principio di precauzione, che in tali contesti gioca un ruolo molto importante.

E, d'altro canto, la stessa legge Gelli- Bianco ha già introdotto un doppio filtro di procedibilità, all'art.8, che disciplina un meccanismo alternativo tra il procedimento di mediazione ex D. Lgs. n. 28/2010 e l'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c.

Nel settore medico le infezioni ospedaliere si atteggiano, per lo più, come complicanze, cioè eventi dannosi astrattamente prevedibili ma inevitabili, laddove, invece, giuridicamente, o le stesse determinano un peggioramento delle condizioni del paziente prevedibile ed evitabile, ed in tal caso integreranno i presupposti costitutivi della responsabilità, ovvero sono imprevedibili ed inevitabili, rimanendo quindi esclusa ogni forma di responsabilità.

Anche al fine della prova liberatoria, pertanto, assumerà valore decisivo la dimostrazione di aver tenuto un comportamento conforme alle *leges artis*, mediante strumenti organizzativi idonei a prevenire le infezioni ospedaliere, nonché il rispetto di tutte le norme, regolamenti, ordini o discipline, riducendosi così i pochi casi poi avvenuti ad eventi davvero del tutto imprevedibili e inevitabili.

Considerato quanto osservato circa la correlazione del danno nosocomiale, per lo più, all'organizzazione della struttura, risulta dunque evidente come, anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia riferibile alla patologia da Covid 19, la soluzione più adeguata delle problematiche connesse vada ricercata in un'accorta politica di gestione del rischio sanitario, che ponga al centro del sistema non solo la cura delle patologie, ma, anche, la protezione del benessere complessivo del paziente, in una prospettiva di salvaguardia degli interessi dello stesso, in attuazione del principio costituzionale di solidarietà sociale.

Ed a fronte della paventata seconda ondata di contagi, un'accorta politica di gestione del *risk management* appare la vera sfida, a giudizio di scrive, volta a contrastare i pericoli di diffusione della

pandemia ed a salvaguardare il rapporto fiduciario tra il cittadino e le strutture sanitarie, rendendo meglio percepibile, per la collettività, la vicinanza delle istituzioni nell'attuale, delicato momento, secondo quella che è, d'altro canto, l'impostazione del sistema della responsabilità della legge Gelli-Bianco.

Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi di Firenze

RESPONSABILITÀ SANITARIA E CRISI PANDEMICA: SPUNTI DI RIFLESSIONE DENTRO E OLTRE L'EMERGENZA[1]

La crisi pandemica non ha mancato di suscitare riflessioni e proposte di rinnovamento con riguardo ad una pluralità di ambiti giuridici, alle volte fungendo da acceleratore di trasformazioni in atto ed altre volte ponendo problemi nuovi. Non può certo stupire che anche il campo della responsabilità sanitaria sia stato investito da tali sviluppi, considerando, da una parte, ovviamente, la natura anzitutto sanitaria dell'emergenza stessa, e, dall'altra, la densa problematicità intrinseca del settore, negli ultimi decenni emerso come il principale laboratorio per l'elaborazione teorica e pratica delle nuove tendenze della responsabilità aquiliana.

Alla prima fase, di estrema gravità dell'allarme a livello nazionale e di fortissima pressione sulle strutture del sistema sanitario, di cui si poteva temere persino un collasso, risale l'emersione di proposte che, sull'onda anche della retorica politica e mediatica a proposito dell'eroismo di medici e infermieri, avrebbero dovuto neutralizzare il rischio per costoro di incorrere in responsabilità penali o civili grazie ad uno "scudo" legislativo[2]. Una più specifica trattazione dell'ipotizzato istituto è certamente difficile da fornire, dal momento che tali proposte non sono mai state approvate, ma restano di notevole interesse le problematiche che esse hanno evocato. Occorre, infatti, anzitutto riconoscere che, anche in un momento di pesanti compressioni delle libertà costituzionali, il nostro legislatore ha finito per scartare l'ipotesi di questa sorta di amnistia preventiva.

In termini generali era già assai discutibile la premessa sulla quale si sono esplicitamente o implicitamente basate le suddette compressioni, e si sarebbe quindi presumibilmente basato anche uno "scudo" tale da comprimere radicalmente il diritto di agire in giudizio, e cioè l'assunto per cui la qualifica di "fondamentale" riferita espressamente dalla Costituzione al diritto alla salute lo porrebbe

[1] Il contributo riprende la relazione svolta, in modalità *webinar*, il 15 giugno 2020, nell'ambito dell'iniziativa "*Eroi o imputati? Medici, infermieri, strutture sanitarie. Profili di responsabilità al tempo del covid-19*", organizzata da AMI e Altalex, con l'aggiunta di alcuni minimali riferimenti.

[2] L'ipotesi, poi ridiscussa in varie occasioni, fu però particolarmente vicina a concretizzarsi in sede parlamentare per effetto di alcuni emendamenti presentati durante i lavori della conversione in legge del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da covid-19, ovvero il cosiddetto Cura Italia.

al di sopra di tutti gli altri e di ogni necessità di bilanciamento[3]. Invero, secondo una lettura, per così dire, originalista un siffatto ruolo di super-valore si sarebbe semmai dovuto attribuire al lavoro, posto per l'appunto a fondamento della Repubblica dall'art. 1 e promosso come diritto e dovere dall'art. 4, con esiti oggi potenzialmente problematici, ad esempio per quanto attiene alla valutazione del blocco delle attività disposto per ragioni emergenziali. Ad ogni modo, andrebbe considerato che principi fondamentali sono, più ampiamente, tutti quelli dei primi dodici articoli della Carta, e soprattutto che, a prescindere dai rilievi lessicali e/o di collocazione, ogni posizione giuridica costituzionalmente tutelata andrebbe, in quanto tale, considerata come non suscettibile di venir soppressa nel suo nucleo essenziale[4]. Le situazioni soggettive in parola sono dunque tutte bisognose di bilanciamenti reciproci, in un equilibrio che potrà certamente mutare con l'evoluzione delle circostanze di fatto ma non saltare del tutto, se non si vuole che il sistema imploda.

La ragionevolezza[5], che rappresenta a sua volta, secondo una consolidata elaborazione, un canone costituzionalmente rilevante ex art. 3, può quindi giustificare un diverso assetto del bilanciamento in circostanze emergenziali, ma non varrebbe a giustificare la soppressione, o la sospensione, del nucleo essenziale di ciascuna garanzia costituzionale, in quanto non si può prescindere dalla netta, ancorché magari discutibile sul piano dell'opportunità politica e/o nel confronto con altri modelli, scelta dei costituenti di non prevedere l'istituto dello stato d'eccezione[6]. Se ne potrebbe anche dedurre che alcune delle più rigide disposizioni del periodo emergenziale, benché magari alle volte opportune, fossero però comunque incostituzionali per contrasto con l'art. 13 sulle garanzie della libertà personale[7], ovvero, ed in questo secondo caso con minori giustificazioni anche sul piano dell'opportunità, con l'art. 24 sul diritto alla tutela giudiziale[8], ma può darsi che il tema non acquisterà un rilievo concreto in quanto, una volta cessata l'efficacia delle stesse, non dovrebbe venire a

[3] Per una critica di tale impostazione, ottimamente argomentata e oggettivamente coraggiosa per i giorni in cui è stata pubblicata, si vedano M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in www.questionegiustizia.it, 14 aprile 2020.

[4] Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in www.cortecostituzionale.it, a proposito del caso Ilva, aveva già avuto modo di chiarire che il sistema non conosce diritti "tiranni", suscettibili di illimitata espansione ai danni delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che nel loro insieme sono espressione della dignità della persona, e, più in particolare, che un siffatto ruolo "tirannico" non può competere neppure al diritto alla salute, nonostante il ricorso all'aggettivo "fondamentale" da parte dell'art. 32 Cost.

[5] Circa i molteplici profili di rilevanza di tale clausola generale, avendo particolare riguardo alla materia civilistica, si veda, per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015.

[6] Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020.

[7] Oltretutto, è opportuno non dimenticare che le limitazioni alla vita lavorativa, scolastica e relazionale ledono anche la salute, mentale e fisica, dei soggetti coinvolti, specie di quelli più vulnerabili, come ha messo in evidenza il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020.

[8] Sul punto si rinvia alle amare ed illuminanti considerazioni di M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *op. cit.*, a proposito della scelta di escludere l'amministrazione della giustizia dal novero delle attività ritenute essenziali: "*non c'è Stato senza giurisdizione, non possiamo ammettere che restino aperti i tabaccai, i giornalai, le banche, le poste, i trasporti, e chiusi i palazzi di giustizia. Dobbiamo poter tornare a lavorare; dobbiamo poter ripartire. Altrimenti deve suonare ancora forte il grido di Tucidide, secondo il quale Atene, più che dalla peste, fu distrutta dalla paura della peste*".

configurarsi un giudizio in cui la relativa questione di legittimità costituzionale sia rilevante[9]. Il problema sarebbe stato però molto più grave per normative emergenziali intese a produrre effetti anche, ed anzi soprattutto, per il tempo successivo al cosiddetto *lockdown*, come appunto il preteso "scudo".

Focalizzando dunque la nostra attenzione sull'art. 32 Cost., occorre rilevare che, se è innegabile che proprio con riferimento al diritto alla salute il testo costituzionale utilizza espressamente il lemma "fondamentale", è però anche vero che la disciplina disegnata dalla stessa disposizione della Carta conosce pure un altro ben noto *unicum*, per cui nell'ambito della riconosciuta riserva di legge circa l'introduzione dei trattamenti sanitari obbligatori a tutela della salute pubblica, il legislatore non potrà comunque mai violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Se dunque proprio si volesse costruire una gerarchia tra principi costituzionali a partire dai dati positivi ricavabili da detta norma, parrebbe di doverne anzitutto dedurre che a risultare sovraordinati, anche nei confronti della salute, sono semmai tali valori riferibili alla dignità umana, recentemente consacrati dai riconoscimenti emersi in materia di autodeterminazione sanitaria[10], che non vogliamo certo archiviare come lussi che valgono solo per i tempi di tranquillità.

Peraltro, occorre ricordare che tutta la costruzione giurisprudenziale in ordine al risarcimento del danno biologico si è sempre configurata in termini di necessaria attuazione dello stesso art. 32, per cui un blocco totale delle azioni di responsabilità medica lederebbe non solo l'art. 24[11], ma *in primis* proprio quella norma costituzionale che ne verrebbe invocata a preteso fondamento, con una sorta di corto circuito logico-giuridico. Nondimeno, va considerato come ad opporsi in maniera decisiva alle proposte emerse in sede politica circa l'introduzione dello "scudo" è stata la stessa classe medica, timorosa di trovarsi priva di mezzi di tutela contro scelte della dirigenza sanitaria suscettibili di mettere a repentaglio la salute, anzitutto, di quegli operatori[12], schierati, per seguire la corrente e forse abusata metafora bellica, sulla prima linea del fronte. Insomma, parrebbe che non valesse la pena di essere muniti di uno scudo da opporre ai pazienti se il prezzo era quello di perdere la spada con cui potersi difendere dai dirigenti: una plastica dimostrazione di come le garanzie costituzionali, e qui in

[9] È però già accaduto che Giud. Pace Frosinone, 29 luglio 2020, in www.ilcaso.it, a fronte dell'impugnazione di una sanzione irrogata per violazione degli obblighi del cosiddetto *lockdown*, abbia disapplicato uno dei d.p.c.m. emergenziali in quanto costituzionalmente illegittimo, anche per contrasto con l'art. 13.

[10] Si allude, naturalmente, alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, ed alla successiva sentenza sul celebre caso Cappato, resa da Corte Cost., 22 novembre 2019, n. 242, in www.cortecostituzionale.it.

[11] Invero, le norme costituzionali violate sarebbero state più di una: R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 7, fa riferimento a quelle dettate "*in tema di diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi, di eguale sottoponibilità alla legge penale, di responsabilità dei pubblici dipendenti, e così via*".

[12] Circa la presa di posizione in tal senso di ordini e associazioni esponenziali di medici e sanitari si veda M. BARTOLONI, *La beffa dello scudo ai medici che protegge i loro "capi" dalle cause per i ritardi sul virus*, ne *Il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2020.

particolare quella del diritto di agire in giudizio, siano in ogni circostanza fondamentali, e di come sia evidentemente preferibile essere garantiti come tutti i cittadini in un sistema di diritto, piuttosto che essere partecipi di una, magari ridotta, quota di privilegio in quel distopico sistema autoritario-sanitario, intriso di paternalismo e di insindacabilità nell'esercizio dei poteri, che abbiamo visto balenare al fosco orizzonte dell'emergenza.

Una volta respinte le proposte di eccezionali interventi legislativi, i contenziosi da responsabilità sanitaria più o meno direttamente connessa con la pandemia hanno presto iniziato a prospettarsi in concreto. La questione che si pone dunque all'interprete è anzitutto quella di una loro gestione con gli strumenti del diritto vigente e vivente. Al riguardo è stato subito rilevato nelle sedi dottrinali più autorevoli come, senza alcun bisogno di ricorrere al problematico scudo, di cui si sono anzi messi chiaramente in evidenza i profili di potenziale incostituzionalità, già l'originario testo codicistico offra gli strumenti giuridici idonei a limitare la responsabilità del sanitario in così peculiari circostanze[13]. Alludiamo, evidentemente, a quella formula della prestazione che "implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", a fronte della quale, ai sensi dell'art. 2236 c.c., la responsabilità del prestatore d'opera è limitata ai casi di dolo e colpa grave: ci sembra, infatti, chiaro come il trattamento di un *virus* nuovo e sconosciuto, presentatosi in maniera improvvisa e massiccia, rappresenti un'ipotesi esemplare di problema tecnico di particolarissima difficoltà[14].

Se era dunque soltanto questo l'obbiettivo da raggiungere tramite i prospettati scudi normativi, un intervento legislativo sarebbe stato palesemente superfluo. La formula codicistica presenta oltretutto due vantaggi considerevoli. Da una parte, ha carattere di generalità, essendo riferita ad ogni prestatore d'opera, e non rischia quindi di configurarsi come privilegio di una categoria che, per quanto molto esposta a rischi, non è l'unica ad esserlo. Dall'altra, non si tratta di un blocco indiscriminato di ogni possibilità di agire in giudizio, bensì di una clausola generale che, proprio in quanto tale, richiederà necessariamente un vaglio giurisdizionale inteso a verificare in concreto la situazione. Invero, non è ovviamente detto che ogni attività sanitaria posta in essere durante il periodo emergenziale abbia risentito della pandemia, e nemmeno che ogni ipotesi di trattamento della nuova patologia continui sempre a presentarsi come di speciale difficoltà. Soprattutto, non è affatto detto che si presentino come risolutive di problemi di speciale difficoltà tutte le decisioni dirigenziali attinenti non tanto alla terapia quanto alla gestione degli ambienti ospedalieri o delle case di riposo allo scopo di impedire

[13] Il riferimento è al documento dell'Associazione Civilisti Italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in www.civilistiitaliani.eu.

[14] Un esito nella sostanza analogo a quello cui porta il nostro art. 2236 c.c. è stato raccomandato anche a livello internazionale dal n. 14 degli *E.L.I. Principles for the Covid-19 Crisis*, in base al quale: "*Given the urgent and dramatic circumstances in which doctors, healthcare professionals, and other providers in the medical sector have to provide services, States should ensure that these professionals are not held liable for adverse events related to the COVID-19, except in the case of at least gross negligence*".

che i luoghi di cura diventino fomiti della diffusione di infezioni nosocomiali[15], con rischi enormi per l'intera collettività ed *in primis* per gli stessi sanitari, come, specie in alcune delle più drammatiche circostanze iniziali della vicenda, parrebbe essere accaduto anche per gli sviluppi italiani della pandemia: si tratta ad ogni modo di circostanze su cui non può certo essere inibito *a priori* un accertamento in sede giudiziale[16].

Su di un piano diverso si sono collocate ulteriori riflessioni e proposte, sviluppate in sede dottrinale con riguardo a riforme in materia di responsabilità medica che potrebbero essere sollecitate proprio dall'emergente contenzioso cui abbiamo fatto riferimento. Due prospettive vanno in particolare considerate, pur senza certo pretendere di esaurire con queste il campo della discussione in atto.

Da una parte, si è invocato un intervento legislativo teso a frapporre un diverso tipo di scudo a tutela dei sanitari, non già con un impedimento ad agire in giudizio, ma con la predisposizione di un sistema di indennizzi, da porre a carico delle pubbliche finanze[17], che ristori il danneggiato senza gravare sul professionista o sulla struttura sanitaria, né quindi sulle rispettive assicurazioni. Una soluzione del genere non lede evidentemente la posizione di chi abbia patito il pregiudizio: non gli si nega in alcun modo la possibilità di far valere i propri diritti in giudizio, ma gli si offre anzi la garanzia di un soggetto molto probabilmente solvibile, e gli si potrebbero peraltro riconoscere forme di ristoro anche a fronte delle fattispecie in cui un risarcimento non sarebbe possibile proprio in ragione dell'operare della predetta clausola della speciale difficoltà.

Precedenti significativi si possono, del resto, ravvisare in alcune note ipotesi, come quella degli indennizzi per i pregiudizi da vaccinazioni obbligatorie o da emotrasfusioni infette[18]. Il principale problema che si pone è piuttosto quello della sostenibilità finanziaria di un meccanismo del genere sulla scala dimensionale imposta dalla pandemia, cui si potrà forse sovvenire grazie alla prospettata mobilitazione di enormi risorse a sostegno dei sistemi sanitari che proprio l'emergenza dovrebbe rendere possibile col superamento dei vincoli europei di bilancio. E se, anche in una logica di più lungo periodo, una delle conseguenze della crisi pandemica consistesse in una riabilitazione della spesa pubblica e sociale, non sarebbe nemmeno da escludere che meccanismi indennitari di questo

[15] Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, A. PISU, *Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del CoViD-19*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 1, p. 399 ss.

[16] Gli accadimenti che hanno riguardato gli ospedali di Codogno e poi soprattutto di Alzano Lombardo, nonché numerose RSA, sono oggetto di indagini che non vorremmo vedere intralciate da "scudi" di sorta. Un passo di notevole importanza verso una miglior conoscenza delle vicende della pandemia è stato segnato dal provvedimento del TAR Lazio, 22 luglio 2020, n. 8615, in *Quotidiano del diritto*, 24 luglio 2020, che ha rimosso il segreto dagli atti posti alla base dei decreti presidenziali emergenziali.

[17] Si orienta in tal senso G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in giustiziacivile.com, 19 maggio 2020, cui si rinvia anche per un'efficace sintesi delle "stagioni" giurisprudenziali della responsabilità medica.

[18] Si allude alla l. 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

genere prendano piede in maniera più ampia e sistematica, così da venire comunque incontro ai pregiudizi patiti dai pazienti senza gravare in alcun modo sui sanitari.

Dall'altra parte, è emersa la proposta, ancor più stimolante sul piano sistematico-ricostruttivo e meno vincolata alle circostanze dell'emergenza, di una complessiva revisione dell'odierno sistema della responsabilità sanitaria, alla luce di una presa d'atto delle sue effettive caratteristiche e del confronto con ulteriori modelli stranieri[19]. Si tratta anzitutto di riconoscere come i noti sviluppi in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale, biologico e non solo, che hanno contrassegnato l'evoluzione giurisprudenziale costituzionalmente orientata degli ultimi decenni in materia di responsabilità medica, abbiano portato alla costruzione di un sistema in cui l'entità dei risarcimenti, a quanto pare tra le più elevate a livello comparativo, va ben oltre la tradizionale compensazione del pregiudizio inflitto alla sfera giuridica del danneggiato, e si colora quindi anche di ulteriori funzioni che possiamo francamente qualificare come punitive. E questo possiamo farlo senza più ricorrere ad acrobazie verbali intese a dimostrare che si tratterebbe pur sempre di un risarcimento meramente compensativo, anche perché ormai la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di riconoscere, alla luce della complessiva evoluzione del sistema e delle numerose fattispecie interne legislativamente previste, che i danni punitivi non sono in contrasto con l'ordine pubblico[20]. Non si rinviene, in altri termini, alcuna copertura costituzionale del principio tradizionale per cui la responsabilità civile sarebbe solo compensatoria, e non è dunque affatto necessario espellere le ipotesi connotate anche in senso punitivo dal sistema né tantomeno, onde evitare un siffatto esito, fingere che non esistano. Diviene però ragionevole proporre di ricostruire la disciplina di dette ipotesi in maniera più coerente con tale loro riconosciuta funzione.

E qui sta appunto il pregio della proposta di riforma cui facciamo riferimento, in base alla quale il risarcimento da responsabilità medica non dovrebbe andare interamente ad arricchire il danneggiato ma, in misura non irrilevante, dovrebbe avere una destinazione pubblicistica coerente con la predetta funzione sanzionatoria. Più in particolare, sulla base delle esperienze di Paesi in cui l'istituto dei danni punitivi è da tempo esplicitamente riconosciuto e conseguentemente normato, si propone di destinare la quota in discorso a fondi che supportino proprio il sistema sanitario o la ricerca medica, quali beni pubblici a loro volta primariamente lesi dalle vicende di *malpractice*. Ciò non toglierebbe che il risarcimento, da suddividere quindi fra compensazione del danneggiato e destinazione pubblicistica, rimanga comunque nella sua interezza a carico del danneggiante[21].

---

[19] Facciamo riferimento al contributo di M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in giustiziacivile.com, 2 aprile 2020.

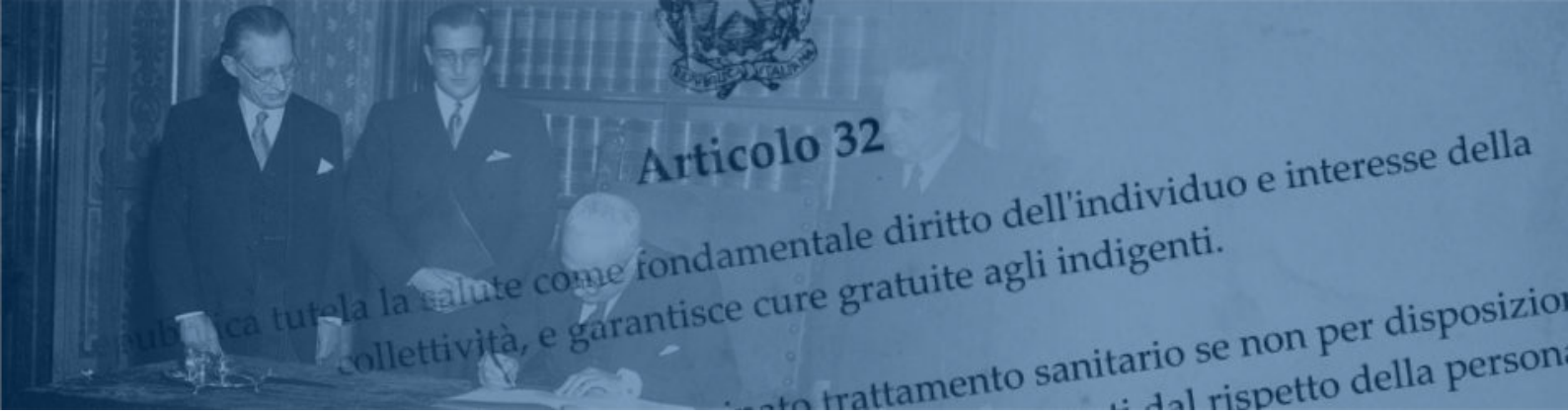
[20] La svolta è stata segnata da Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it*., 2017, I, c. 2613 ss. Circa le prospettive che conseguentemente si aprono per quanto attiene, più in generale, ai rapporti fra diritto civile e diritto penale, si possono vedere, da ultimo, D. BIANCHI, M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, Torino 2020.

[21] A tali conclusioni perviene appunto la richiamata riflessione di M. MAGGIOLO, *op. cit.*

Tale prospettata soluzione diverge evidentemente da quella indennitaria anzitutto per quest'ultimo aspetto, ma appare meritevole di apprezzamento da almeno tre punti di vista. Da un lato, si mantiene un effetto di deterrenza nei confronti dei sanitari, pienamente coerente con la menzionata funzione sanzionatoria, che verrebbe radicalmente perso nel modello indennitario. Dall'altro lato, la riduzione del risarcimento destinato al danneggiato può concretamente calmierare la tendenza ad intentare cause avventurose per finalità di arricchimento, e quindi sgravare l'amministrazione della giustizia e ridurre le pressioni improprie sul sistema sanitario. Al contrario, un modello indennitario rischierebbe di massimizzare tale tendenza, in quanto sarebbe ben difficile resistere alla tentazione di lanciarsi all'assalto delle risorse pubbliche messe a disposizione, sperando magari di poter contare su un ridotto impegno difensivo della controparte danneggiante, comunque esentata da conseguenze risarcitorie. In ultimo ma non da ultimo, va considerato che la logica di fondo della proposta in esame sarebbe solidaristica più che assistenzialistica, nel senso che finirebbe per apportare risorse al pubblico, e non viceversa, il che evidentemente la rende oltretutto più sostenibile sul piano finanziario anche nella lunga durata.

L'antitesi fra le due prospettive su cui ci siamo intrattenuti non deve però indurci ad escludere l'ipotesi di una sintesi, che qui possiamo solo approssimativamente abbozzare, tale da combinarle nell'ambito di un più complessivo ridisegno della materia. Potremmo, insomma, ragionare di un differenziato e ponderato utilizzo settore per settore di entrambi gli strumenti. Così, in alcuni ambiti di responsabilità sanitaria dove sono più ricorrenti i problemi di speciale difficoltà e quindi appare meno praticabile la via risarcitoria, potrebbero essere introdotti meccanismi indennitari analoghi a quelli già ricordati, allo scopo di venire comunque incontro ai pregiudizi subiti dai pazienti senza un necessario quanto problematico passaggio giudiziale, se del caso temperando il carattere indennitario dell'ipotesi con la previsione di una qualche possibilità di rivalsa del soggetto pubblico sui sanitari laddove una loro responsabilità sia però configurabile. In altri ambiti, nei quali invece i risarcimenti risultino aver raggiunto vette di ammontare particolarmente ultracompensativo, sarebbe opportuno procedere con una regolamentazione che, seguendo le linee di fondo sopra accennate, conformi alla funzione sanzionatoria il riparto dei risarcimenti stessi, avendo beninteso cura di mantenere sempre rigorosamente distinti i fondi di destinazione dalle strutture sanitarie tenute al pagamento, onde evitare abusivi e paradossali fenomeni di confusione. In termini generali i diversi strumenti considerati, da ridefinire magari periodicamente in base ai dati emergenti, verrebbero in qualche modo a compensarsi reciprocamente, di nuovo in una logica solidaristica, posto che, se i primi drenerebbero risorse pubbliche, i secondi riverserebbero al pubblico quote di arricchimenti privati.

Numero 1 del 2021 - 30 Aprile 2021
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862



dirittoesalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 1 del 2021 - 30 Aprile 2021
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862