

LA PESTE E LA COLPA THE PLAGUE AND THE GUILT

Andrea Gentilomo*

RIASSUNTO

L'autore analizza le questioni che l'epidemia Covid-19 ha generato rispetto all'assistenza sanitaria e alle decisioni di politica sanitaria in relazione all'ipotizzata esplosione di contenzioso, a partire dall'impatto dell'epidemia sui sistemi sanitari in Italia e in altri paesi occidentali (organizzazione e accesso alle cure, riorganizzazione dei servizi per malattie non Covid-19 etc).

Sono stati analizzati i contenuti di una serie di emendamenti presentati al D. L. 17 marzo 2020, n. 18, volti a circoscrivere il possibile aumento di contenzioso in area sanitaria, intervenendo sulla limitazione delle azioni giudiziarie (civili e penali). Rispetto alle soluzioni enunciate negli emendamenti, vengono analizzate le questioni relative all'inquadramento della colpa medica, in particolare per quanto riguarda la graduazione della colpa, riprendendo i problemi interpretativi sollevati dal Decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, cosiddetto decreto Balduzzi, e poi dalla 7 marzo 2017, n. 24 detta Gelli Bianco. Viene discusso il problema dell'utilizzo della categoria della "colpa grave" (presente in alcuni degli emendamenti esaminati) e, in ultimo, si propongono ipotesi di soluzione strutturale.

SUMMARY

The author analyzes the issues that the Covid-19 epidemic has generated with respect to health care and health policy decisions in relation to the supposed explosion of litigation, beginning from the impact of the epidemic on health systems in Italy and other western countries (organization and access to care, reorganization of services for diseases not Covid-19 etc). The contents of a series of

* Dip. "C. Beccaria", Università degli Studi di Milano.
andrea.gentilomo@unimi.it

amendments submitted to D. L. 17 March 2020, n. 18, aimed at limiting the possible increase in litigation in the health area, intervening on the limitation of legal actions (civil and criminal), were analyzed. With regard to the solutions set out in the amendments, the questions relating to the classification of medical misconduct are analyzed, in particular with regard to the graduation of misconduct, taking up again the interpretative problems raised by the D.L. of 13 September 2012, n. 158, and then from L. 7 March 2017, n. 24. The problem of the use of the category of gross negligence is discussed. (present in some of the amendments examined) and, finally, hypotheses of structural solution are proposed.

Parole chiave: Covid-19, epidemia, responsabilità sanitaria, colpa grave.

Keywords: Covid-19, epidemic, health liability, gross negligence.

SOMMARIO:

1. Premesse; 2. Epidemia ed emergenza; 3. La peste e la colpa.

1. Premesse.

Nel corso degli ultimi decenni, l'inquadramento giuridico della colpa nei suoi aspetti biomedici ha visto ragguardevoli evoluzioni, sia nel versante dottrinario sia in quello giurisprudenziale, cui si sono aggiunti interventi normativi (in particolare, con il Decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, cosiddetto decreto Balduzzi, e la legge 17 marzo 2017, n. 24 detta Gelli Bianco, ora in vigore). Ciò ha riguardato sia il versante penale che quello civile.

Non è certo questa la sede per una revisione estesa di questi fenomeni¹⁾; quello che importa rilevare è che nel corso degli anni, il ruolo dell'analisi biomedica si è espanso sino a diventare paradigma normativo vero e proprio. In sostanza, si è cercato di ancorare la valutazione giuridica della vicenda ad analisi bio-mediche sul presupposto che queste rispondano a criteri di maggiore oggettività, così da ridurre la soggettività interpretante del giudice e portare a soluzioni più uniformi; si tratta di istanze che, d'altro canto, risalgono a tempi ben precedenti, basti pensare alle riflessioni di Federico Stella, anche se principalmente mirate ai profili causali²⁾.

Nell'affrontare la complessità dell'analisi retrospettiva delle decisioni mediche, le linee guida hanno avuto grande presa sul versante giuridico, anche se ambivalente. Da un lato, infatti, sono viste come criteri "oggettivi"

1) Tra i molti: MARTINI F., GENOVESE U., ALTOMARE C. (a c. di) (2018). Trattato operativo di responsabilità medica. Maggioli Ed., Santarcangelo R.

2) STELLA F. (1975) Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Giuffrè. Milano; Id. (2003) Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. Giuffrè. Milano.

di valutazione; dall'altro, si cerca in ogni caso di non delegare l'operazione giuridica di inquadramento delle condotte a strumenti esterni al diritto (sul punto, è esemplare l'argomentazione della sentenza Cass. pen. Sez. IV, 09-04-2013, n. 16237 "Cantore"; in precedenza, ad esempio, Cass. pen. Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922; successivamente, Sez. 4, n. 28187 del 20/04/2017 "Tarabori" e, in ultimo, Sez. Unite, n. 22-02-2018, n. 8770³⁾).

Se il decreto "Balduzzi" aveva introdotto esplicitamente le linee guida come riferimento nella valutazione penale della colpa (art. 3 c. 1: "*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*"), la legge 24/2017 ha ulteriormente espanso la portata delle linee guida (e delle buone pratiche cliniche). Infatti, non si tratta più solo di un criterio di valutazione in un settore specifico ma del presupposto stesso di liceità dell'attività sanitaria (art. 5: "*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*"). E, in funzione di ciò, è stato previsto un articolato percorso di accreditamento delle linee guida atte a fondare, nei termini indicati, l'attività sanitaria.

Se, quindi, l'introduzione delle linee guida e delle buone pratiche vale, essenzialmente, a orientare la ricostruzione storica delle decisioni cliniche e della loro congruità rispetto alla vicenda in discussione (e si tratta di un'operazione esclusivamente tecnica), tutto ciò non esaurisce la definizione giuridica della colpa che, inevitabilmente, implica la ponderazione di fattori non tecnici all'interno dei quali si inserisce l'analisi tecnica prima richiamata. Tra questi assumono principale rilievo i condizionamenti derivanti dalla situazione specifica in cui si trova a operare il sanitario (per tipo di struttura, dotazioni strumentali, disponibilità di personale etc.)⁴⁾.

³⁾ Nella sentenza Cass. Pen del 20 aprile 2017 n. 28187 (Tarabori) si legge: "*Questa Corte ha ripetutamente avuto modo di chiarire che le linee guida – alla stregua delle acquisizioni ad oggi consolidate – costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti. Tali regole, di solito, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica*".

Nella successiva decisione a Cass. Pen. SS. UU. del 22 febbraio 2018, n. 8770, si ribadisce che: "*...può convenirsi con il rilievo che, anche a seguito della procedura ora monitorata e governata nel suo divenire dalla apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicitici, le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti...*".

⁴⁾ Ad esempio: FIANDACA G, MUSCO E. (2019) Diritto penale. Parte generale, Zanichelli. Bologna, p. 608, 577.

CASTRONUOVO D. (2009). La colpa penale. Milano, Giuffrè.

2. Epidemia ed emergenza.

Emergenza e guerra sono gli stilemi di queste ultime settimane. Sul secondo sono leciti molti dubbi. Il primo ha concreti motivi di essere impiegato, sotto più profili (sociali, economici, etc.). Quello che interessa qui costituisce un aspetto dell'emergenza sanitaria che ha fatto percepire (finalmente?) che l'efficienza di un sistema sanitario è, tutto sommato, un bene essenziale.

La preoccupazione comune nei paesi occidentali riguarda la tenuta operativa dei rispettivi servizi sanitari rispetto a un *cluster* di eventi che richiedono cure intensive o, in ogni caso, risorse da distribuire su popolazioni di dimensioni non facilmente definibili ma, certamente, assai ampie⁵⁾. Tutto questo in contesti sociali e demografici che vedono la prevalenza di patologie a decorso cronico piuttosto che di fatti acuti, uno spostamento in alto dell'età media, associato alla coesistenza di patologie croniche che, tuttavia, permettono comunque una soddisfacente prestazione sociale (grazie ai trattamenti farmacologici etc.); in ogni caso, non sono questioni nuove, soprattutto per quanto riguarda le decisioni cliniche concernenti la scelta di chi trattare prioritariamente in condizioni di risorse limitate⁶⁾. In Italia, il problema si è posto acutamente nelle fasi di picco negli

gentilomo 23/6/y 10:53

Eliminato: co-

5) EMANUEL EJ, PERSAD G, UPESHUR R, THOME B, PARKER M, GLICKMAN A, ZHANG C, BOYLE C, SMITH M, PHILLIPS JP. (2020). Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19. N Engl J Med; Mar 23. Epub ahead of print

HICK JL, BIDDINGER PD. (2020). Novel Coronavirus and Old Lessons - Preparing the Health System for the Pandemic. N Engl J Med, Mar 25. Epub ahead of print.

MOATTI JP. (2020) The French response to COVID-19: intrinsic difficulties at the interface of science, public health, and policy. Lancet Public Health; Apr 7. pii: S2468-2667(20)30087-6.

RANNEY ML, GRIFFETH V, JHA AK. (2020) Critical Supply Shortages - The Need for Ventilators and Personal Protective Equipment during the Covid-19 Pandemic. N Engl J Med; Mar 25. Epub ahead of print.

KOONIN LM, PILLAI S, KAHN EB, MOULIA D, PATEL A (2020). Strategies to Inform Allocation of Stockpiled Ventilators to Healthcare Facilities During a Pandemic. Health Secur; 18(2): 69-74.

TRUOG RD, MITCHELL C, DALEY GQ. (2020) The Toughest Triage - Allocating Ventilators in a Pandemic. N Engl J Med; Mar 23. Epub ahead of print.

6) ZAZA S, KOONIN LM, AJAO A, NYSTROM SV, BRANSON R, PATEL A, BRAY B, IADEMARCO MF. (2016) A Conceptual Framework for Allocation of Federally Stockpiled Ventilators During Large-Scale Public Health Emergencies. Health Secur; 14(1): 1-6

AJAO A, NYSTROM SV, KOONIN LM, PATEL A, HOWELL DR, BACCAM P, LANT T, MALATINO E, CHAMBERLIN M, MELTZER MI. (2015) Assessing the Capacity of the US Health Care System to Use Additional Mechanical Ventilators During a Large-Scale Public Health Emergency. Disaster Med Public Health Prep; 9(6): 634-41.

KANTER RK. (2015) Would triage predictors perform better than first-come, first-served in pandemic ventilator allocation? Chest: 147(1): 102-108.

accessi ospedalieri⁷ e ha portato a raccomandazioni tecniche⁸, peraltro controverse nei loro profili etici e giuridici⁹.

Anche le decisioni relative alla quarantena e alla limitazione dei movimenti personali (fin negli aspetti più soggettivi) e delle attività economiche trovano una sponda nelle analisi tecniche. Questo comporta flussi informativi e decisionali complessi che, spesso, mostrano aspetti conflittuali e contraddittori¹⁰, oltre a generare dubbi consistenti sulla coerenza delle decisioni politiche con gli assetti istituzionali nazionali e sovranazionali¹¹.

Non stupisce, pertanto, che eventi come l'attuale epidemia possano rendere critica la risposta sanitaria, tanto più in sistemi che hanno visto un sistematico depotenziamento della spesa sanitaria nel corso di un decennio, come quello italiano¹².

Rispetto agli eventi delle ultime settimane, è quasi un'ovvietà osservare che nella risposta al problema biologico esiste una stratificazione di disposizioni di provenienza eterogenea e spesso non congruenti tra loro. Di fatto, l'organizzazione sanitaria è di competenza regionale e dovrebbe coordinarsi con gli enti sovra-regionali, cosa che avviene in modo spesso conflittuale.

Schematizzando di molto, le decisioni politiche, che diventano poi disposizioni legislative o amministrative (per l'applicazione), sono basate su valutazioni di provenienza tecnico-scientifica (tratte dalla ricerca clinica di base), derivanti in ogni caso da organi con ruolo solo consultivo (Comitato tecnico-scientifico per la Protezione civile), in equilibrio con esigenze del

7) PATERLINI M. (2020) On the front lines of coronavirus: the Italian response to covid-19. *BMJ*; Mar 16;368:m1065.

MIANI A, BURGIO E, PISCITELLI P, LAURO R, COLAO A. (2020) The Italian war-like measures to fight coronavirus spreading: Re-open closed hospitals now. *EClinicalMedicine* 000 100320. Epub.

ROSENBAUM L. (2020) Facing Covid-19 in Italy - Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic's Front Line. *N Engl J Med*; Mar 18. Epub ahead of print.

8) SIAARTI. (2020) Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili. Disponibile su: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>. Visionato 1 maggio 2020.

9) Cfr. ad es. di COSTANZO C, ZAGREBELSKY V. (2020). L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative. *BioLaw J*; 2. Disponibile su: https://www.biodiritto.org/content/download/3767/45241/version/1/file/02+Di+Costanzo_Zagrebsky.pdf.

10) Ad esempio, Mingardo G (2020) Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza COVID-19. *BioLaw J*; 2. Disponibile su <https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus#istituzioni>.

11) MEIER BM, HABIBI R, YANG YT (2020). Travel restrictions violate international law. *Science*; 367(6485):1436.

FARANO A (2020). La repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del coronavirus. *BioLaw J*; 2. Disponibile su: <https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus#istituzioni>.

BUSCEMA L (2020). Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore. *BioLaw J*; 2. Disponibile su: <https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus#istituzioni>.

GRAEDEN E, CARLSON C, KATZ R (2020). Answering the right questions for policymakers on COVID-19. *Lancet Glob Health*; Apr 20. pii: S2214-109X(20)30191-1.

12) Cfr. ad es. Report Osservatorio GIMBE n. 7/2019. Il defianziamento 2010-2019 del Servizio Sanitario Nazionale. Fond. GIMBE: Bologna, sett. 2019. Disponibile su: www.gimbe.org/defianziamento-SSN.

gentilomo 23/6/y 11:07

Eliminato: Visionato il 1 maggio 2020.

gentilomo 23/6/y 11:07

Eliminato: Visonato 1 maggio 2020.

gentilomo 23/6/y 11:08

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

gentilomo 23/6/y 11:08

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

gentilomo 23/6/y 11:08

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

tutto estranee a profili tecnico-scientifici (principalmente di natura economico-finanziaria). Queste decisioni, però, hanno immediati riflessi sull'assistenza territoriale e ospedaliera, dall'organizzazione dei servizi alle dotazioni strumentali, di farmaci, di presidi; e senza dimenticare le disposizioni di carattere generale volte a contenere la possibilità di diffusione del virus che incidono, direttamente sulle capacità di tenuta dei servizi sanitari.

Ognuno di questi livelli è suscettibile di errore che inevitabilmente ha ripercussioni a valle. Ed è proprio il timore di una cascata potenzialmente incontrollabile che ha portato a ipotesi normative legate all'emergenza.

Emergenza che, in queste settimane, è stata molto utilizzata a giustificazione di norme variegata anche sull'onda di paure, molte assai concrete altre di assai dubbia consistenza che talora hanno portato a indicazioni molto discutibili sul piano del diritto sostanziale¹³.

3. La peste e la colpa.

Per quanto riguarda la responsabilità in area sanitaria, è possibile che, una volta superata la fase più critica, si assisterà a una lievitazione di azioni risarcitorie (o penali). Ma, indipendentemente dalla plausibilità della previsione, la questione è altra e cioè: per rispondere a questa possibile reazione, sono necessari strumenti normativi nuovi? E, in particolare, in quale forma?

Evidentemente nella discussione entrano fattori del tutto eterogenei, alcuni di tipo strettamente tecnico-giuridico (da quelli costituzionali a quelli civilistici e penalistici), altri sempre di natura tecnica ma bio-medica, altri ancora di tipo economico; questi ultimi, per le possibili dimensioni del contenzioso, hanno a loro volta la potenzialità di assumere dimensioni macro-economiche.

Si possono immaginare ipotesi di contenzioso a molti livelli. A solo titolo di esempio:

Pazienti.

Ritardo di diagnosi di COVID-19 (paziente sintomatico a domicilio, escluso da diagnostica virologica immediata), ricovero solo con quadro conclamato.

Mancato trattamento non intensivo per COVID-19 per carenza di strumentazione.

Mancato ricovero in terapia intensiva di malato COVID-19.

Ritardo di soccorso territoriale per complicità acuta di altra patologia.

¹³ PERIN A (2020). Rischio, contagio e responsabilità. Sulla "sconsideratezza" penalmente rilevante. BioLaw J; 2. Disponibile su: <https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus#istituzioni>.

gentilomo 23/6/y 11:10

Eliminato: e

gentilomo 23/6/y 11:11

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

Mancato ricovero in TI per complicità acuta di altra patologia, a causa di saturazione della disponibilità.

Infezione COVID-19 in corso di ricovero/prestazione per altro motivo (p.s. prima di tutto), a causa di infezione ambientale o mediata da personale infetto (asintomatico non testato) o da altri degenti infetti non isolati (RSA ad esempio).

Rinvio di prestazioni ritenute “non urgenti” oppure dislocamento dei trattamenti in sedi differenti da quella originaria.

Personale sanitario.

Carenza di DPI (medicina territoriale, soccorso, ma anche ospedale, assistenza a vario titolo).

Sovraccarico lavorativo.

Comunità

Ritardi/carenze nei provvedimenti atti a limitare la diffusione dell’infezione mediata da comportamenti sociali.

Carenza nella fornitura di DPI.

Ogni livello di intervento (politico, tecnico amministrativo, assistenziale, previdenziale etc.) ha una sua area di errore che tenderà a riverberare a cascata. L’ultimo livello (o il primo, dipende dalla prospettiva) è quello di interfaccia tra assistenza sanitaria (medica, infermieristica e assistenziale in senso esteso) e comunità (cittadini/pazienti).

Se si considera la situazione attuale nella prospettiva di un contenzioso “classico” (paziente *vs* sanitario + azienda), è facile percepire una molteplicità di circostanze oggettive e contingenti che restringono notevolmente gli spazi per ricostruire addebiti circostanziati rispetto ai criteri correnti. O, più precisamente, qualunque analisi dovrà essere tarata sulle circostanze storiche specifiche. Sin qui, nulla vi è di nuovo rispetto a un corretto metodo di lavoro.

Il dubbio che è stato sollevato da più parti sta nella numerosità dei procedimenti, nell’aleatorietà dell’esito giudiziario, nell’onerosità del processo e del suo (eventuale) esito.

È evidente la potenziale ramificazione di un contenzioso che potrebbe (potrà) coinvolgere i singoli operatori, le strutture ospedaliere di appartenenza, le aziende ospedaliere e, a seguire, gli organismi di governo (a tutti i possibili livelli).

Nella vorticoso produzione normativa delle ultime settimane, sono stati proposti vari emendamenti al cosiddetto Decreto “Cura Italia” (decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18) nessuno dei quali poi approvato (o anche solo

gentilomo 23/6/y 11:13

Formattato: Tipo di carattere:Corsivo

discusso). Un loro esame è tuttavia utile per ricostruire le tendenze nell'affrontare le potenziali ricadute giudiziarie dell'epidemia.

Se l'intento è mettere al riparo da contestazioni le decisioni organizzative e le prassi applicative, la via scelta con l'emendamento proposto da Salvini e altri (Senato della Repubblica, XVIII legislatura. Conversione in legge del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, Emendamenti. 1 aprile 2020) è quella più radicale, poiché molto semplicemente, esclude a priori responsabilità di qualunque tipo per tutti i soggetti coinvolti, ricorrendo a una sorta di stato di necessità (*“Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, nonché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare”*).

Un altro emendamento (Lomuti et al., N. 13.0.1, *Art. 13-bis. (Disposizioni in merito al personale esercente le professioni sanitarie)*) limita la sanatoria ai soli esercenti le professioni sanitarie, con il seguente testo: *“1. Gli esercenti le professioni sanitarie possono avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento, in deroga ai limiti di reddito previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nei casi di procedimenti giudiziari proposti nei loro confronti per fatti avvenuti nell'esercizio della professione sanitaria durante il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020. 2. Per i soli procedimenti giudiziari e stragiudiziali relativi ai fatti di cui al comma 1, le azioni di cui all'articolo 9 della legge 8 marzo 2017, n. 24, in deroga alle condizioni ivi previste, possono essere esercitate solo in caso di dolo l'esercente la professione sanitaria (sic). Non si applica l'ultimo periodo del comma 6 del medesimo articolo”*.

In sostanza, la garanzia concernente i *“fatti avvenuti nell'esercizio della professione sanitaria durante il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020”* non prevede alcuna connessione causale con il trattamento (a qualunque livello) dell'infezione/malattia da Sars-CoV-2, cosicché qualunque accidente è scriminato a priori.

La proposta di un altro emendamento (Marcucci e altri - A.S. 1766 Emendamento Art. 1, em 1.0.4 - testo 2), tralascia (almeno esplicitamente) il settore decisionale e organizzativo e si concentra sul personale e strutture di assistenza (*“strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie”*). Si riporta il testo per intero.

“Art. 1-bis (Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19). 1. In ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del COVID-19, in relazione agli eventi dannosi che in essa abbiano trovato causa, la responsabilità civile delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24, è limitata ai casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave. 2. Ai fini del comma 1, si considera colpa grave quella consistente nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza. La valutazione della gravità della colpa è 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. 3. Per i fatti indicati nell'articolo 590-sexies del codice penale che si siano verificati durante l'emergenza epidemologica di cui al comma 1 o che in essa abbiano trovato causa, la punibilità è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave laddove consista nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo periodo del comma 2”

Anche altri emendamenti richiamano la colpa grave, che è variamente definita. Ad esempio in un emendamento (16.2, Faraone e altri) si stabilisce che la colpa grave consiste *“nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere”* ma limitatamente al periodo di emergenza (come nel testo prima richiamato).

In un'altra proposta (emendamento 13.2) si legge che: *“Nella valutazione della sussistenza della colpa grave si considerano la proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale”*.

In un altro ancora (n. 1.1000/58) si afferma che: *“la valutazione della gravità della colpa, nelle ipotesi di cui al comma 3, è operata anche in considerazione della eccezionalità e novità dell'emergenza, dei vincoli di spesa previsti a legislazione vigente in materia di servizio sanitario nazionale e della difficoltà di reperire tempestivamente dispositivi medici e di protezione individuale sul mercato nazionale ed internazionale”*.

Vi è quindi una convergenza almeno lessicale sul concetto di “colpa grave”. Tralasciamo di considerare altri aspetti di questi emendamenti che esulano dai profili di diretto interesse medico-legale.

La colpa grave ha una sua definizione codicistica (art. 2236 c.c. “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”) nell’ambito della responsabilità contrattuale. Da sempre, tale istituto ha trovato larga applicazione nella valutazione della responsabilità medica, anche al di fuori del suo ambiente naturale (che è il processo civile). La storia dell’utilizzo penalistico della colpa grave è lunga, articolata e conflittuale¹⁴ e dal 2017 si è dovuta confrontare con le disposizioni normative, in primo luogo la l. 24/2017 che con l’art. 590-sexies (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario) prevede una condizione di non punibilità se l’evento si è verificato: “*a causa di imperizia (...) 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*”. In precedenza, il cosiddetto decreto Balduzzi (D.L. 13-9-2012 n. 158, art. 3) prevedeva che: “*L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”. Anche se l’art. 590-sexies non richiama esplicitamente il riferimento alla colpa grave, in ogni caso, prevede una condizione di non punibilità di non immediata chiarezza, poiché centrata sulla coesistenza dell’osservanza delle linee guida codificate con un’imperizia; e quindi richiede una graduazione della colpa. Di fatto, la sentenza Mariotti (Cass. pen. Sez. Unite, 22-02-2018, n. 8770), che ha voluto definire i limiti della condizione di non punibilità dell’art. 590-sexies, stabilisce la necessità di una graduazione della colpa (in relazione alla sussistenza di linee guida e buone pratiche) sotto il profilo soggettivo e oggettivo. Si legge: “*Nella demarcazione gravità/lievità rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell’agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la*

¹⁴ Tra i molti: MERLI A (2019). Brevi note sul ruolo dell’art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica. Cassazione Penale; 11: 4132.

BASILE F (2017). Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma). Dir. pen. Cont; 2. Disponibile su: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_2_2017.pdf#page=159.

MARINUCCI G (2012). La responsabilità colposa: teoria e prassi. Riv. it. dir. proc. Pen; 1: 4.

gentilomo 23/6/y 11:18

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

gentilomo 23/6/y 11:18

Eliminato: x

impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa". In tutto questo, il criterio (civilistico) della colpa "grave" assume ruolo di regola di esperienza utile a orientare il giudizio. Prescindendo dallo sforzo di interpretazione e sintesi della sentenza, che cerca di superare i limiti della norma, proprio la necessità di queste sottigliezze interpretative dà compiutamente la misura della scarsa efficacia della scriminante. Anche se a sezioni unite, si tratta pur sempre di una decisione non vincolante in assoluto¹⁵⁾e, di conseguenza, rimane aperta la possibilità di soluzioni alternative in una materia di per sé sola foriera di interpretazioni contrastanti non tanto sulla corretta applicazione della scriminante quanto sul significato e sui limiti di questa.

Per tornare alle questioni che potrebbero essere sollevate dall'epidemia in corso, si assume la necessità di una sorta di scudo protettivo sul presupposto che la disciplina attuale non sia sufficiente a contrastare un contenzioso dagli effetti potenzialmente esplosivi per i costi economici e sociali che imporrebbe.

Sono necessarie distinzioni di campi e ruoli; le criticità di tipo politico-amministrativo non sono assimilabili alle questioni di pertinenza medico-assistenziale, anche perché gran parte delle difficoltà di assistenza sono state direttamente influenzate da decisioni non mediche (la storia infinita dei DPI ne è l'esempio più chiaro).

Uno dei timori emersi da recenti colloqui multidisciplinari¹⁶⁾è l'assenza di "linee guida" utilizzabili per affrontare l'analisi del possibile contenzioso, così da lasciare aperta la strada a richieste sanzionatorie (penali e civili) prive di correttivi. In realtà, nel sito del Sistema Nazionale Linee Guida sono presenti molteplici documenti classificati come buone pratiche utilizzabili accanto alla assai consistente produzione scientifica; in ogni caso, sono già state elaborate linee guida cliniche¹⁷⁾. Di conseguenza, il materiale per un'analisi giudiziaria è disponibile. Queste posizioni, peraltro, esprimono il persistente equivoco sul significato della linea guida che, nella visione di molti giuristi (fortunatamente, non di tutti¹⁸⁾) è l'unico strumento per ricostruire la congruità dell'intervento sanitario, in assenza del quale il giudizio si paralizza.

D'altro canto, proprio la stessa letteratura scientifica dà una precisa rappresentazione delle difficoltà intrinseche di inquadramento clinico (diagnostico e terapeutico) e anche di quelle operative determinate dalla limitatezza delle risorse. Tutti elementi che si inquadrano senza difficoltà

¹⁵⁾ Art. 618 c. 1-bis cpp.

¹⁶⁾ Convegno "Medmal ai tempi del Coronavirus", 8 aprile 2020 – disponibile su <https://www.simlaweb.it/2020/04/09/un-convegno-telematico-simla-su-medmal-e-coronavirus-2/>. Visionato 1 maggio 2020.

¹⁷⁾ Ad es. WHO. Clinical management of severe acute respiratory infection (SARI) when COVID-19 disease is suspected. Interim guidance. 13 March 2020. Disponibile su: [https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-\(ncov\)-infection-is-suspected](https://www.who.int/publications-detail/clinical-management-of-severe-acute-respiratory-infection-when-novel-coronavirus-(ncov)-infection-is-suspected).

¹⁸⁾ Cfr. MARINUCCI, *cit.*, Basile *cit.*

gentilomo 23/6/y 11:20

Eliminato: Visionato 1 maggio 2020.

all'interno di una graduazione della colpa (per riprendere le categorie giuridiche) sia soggettiva che oggettiva; nessun dubbio sulla novità, complessità, difficoltà di trattamento della malattia, come anche delle condizioni critiche di lavoro dei sanitari. E senza necessità di rimodulazioni *ad hoc*, tanto più che se dovesse mantenersi lo stile lessicale delle proposte richiamate sopra, si aprirebbero varchi per infinite interpretazioni giurisprudenziali.

Gli strumenti esistono, potrebbero essere potenziati e resi più stringenti senza necessità di scudi. La categoria della colpa grave potrebbe essere meglio specificata e dettagliata esplicitando i criteri generali in base ai quali valutare la singola vicenda¹⁹⁾. Ma deve trattarsi di una revisione per così dire strutturale e sganciata dalla contingenza storica.

Una soluzione potrebbe stare nella ridefinizione dell'art. 590-*sexies* c.p. introdotto con la l. 24/2017, la cui infelice formulazione è stata fonte di controversie interpretative e applicative (che è il marcatore tipico di una tecnica legislativa zoppicante). È opportuno riprenderne il testo. Si legge: *“Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

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”.

Questo articolo essenzialmente introduce una condizione speciale di non punibilità legata a una imperizia pur nell'osservanza di linee guida (o buone pratiche); è stata riproposta, pertanto, l'ambiguità del decreto Balduzzi, amplificata dalla limitazione alla sola imperizia (sui tentativi di superamento dell'incongruenza, cfr. *supra*). Si potrebbe, allora, rivisitare completamente la norma definendo il confine di là dal quale la condotta medica diventa illecita, riprendendo i parametri interpretativi dell'art. 2236 c.c. (ben illustrati nella sentenza 8770-2018 Mariotti, prima ripresa) e superando le commistioni tra aree del diritto che sono state fonte di difficoltà e incertezze. Non è pensabile una limitazione a priori della responsabilità del sanitario (medico o di altra area assistenziale) innalzando arbitrariamente la soglia di rimproverabilità; miglior strategia è specificare i criteri (generali) a cui si dovrà (sempre) ancorare il giudizio per qualunque ipotesi di colpa in area sanitaria. E tali criteri dovranno includere, oltre alla caratterizzazione soggettiva (specializzazione, anzianità, esperienza maturata), anche i parametri oggettivi quali la complessità clinica (che include anche il

¹⁹⁾ Ad es. PROVERA A (2019). 'Omnis definitio in iure...' la responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipi di colpa generica. Riv. It. Med. Leg.; 4: 1357-1366.

gentilomo 23/6/y 11:22

Eliminato: -

carattere di urgenza/emergenza della prestazione), le condizioni operative, i condizionamenti derivanti dalla struttura e dall'organizzazione. Se questi parametri trovassero una definizione normativa generale, l'aleatorietà del giudizio sarebbe certamente limitata, senza dover ricorrere ad artificiose limitazioni legate a eventi anomali. E superando le difficoltà derivanti dalla necessità di definire per via interpretativa categorie sfuggenti come l'imperizia.

Nell'area civilistica, la l. 24/2017 ha introdotto incentivi consistenti per evitare il coinvolgimento diretto del sanitario e questi incentivi potrebbero essere ulteriormente rafforzati.

Se, poi, esigenze generali di natura economico-finanziaria imporranno sbarramenti alla liquidazione dei danni, questo potrà sempre avvenire per impulso politico-legislativo ma è questione che prescinde dalla disciplina generale dell'illecito civile e penale.

Esiste senza dubbio margine per azioni strumentali in cui la malafede degli operatori è un meccanismo essenziale; e questo giustifica le prese di posizione da parte di organi di autogoverno delle professioni forensi e (almeno localmente) mediche, oltre che di società scientifiche come la SIMLA. In questo contesto, altri meccanismi da potenziare riguardano la fase processuale civile elaborando requisiti tecnici di ammissibilità dell'azione. A titolo di esempio, l'obbligo di ricorrere a valutazioni collegiali (medico-legali e specialistiche) dovrebbe diventare un requisito generale non più solo limitato alle perizie disposte dall'ufficio; quindi, un obbligo stringente anche per le consulenze svolte per le parti che sono, in ultima analisi, la base tecnica dell'origine del contenzioso. La presenza di standard adeguati in termini di competenza (anche normativa e processuale oltre che nella disciplina di appartenenza) deve diventare parimenti un requisito irrinunciabile e, a questo fine, dovranno essere affinate le procedure di selezione. Non dovrebbe essere scandaloso immaginare un repertorio di professionisti (clinici e medico-legali) dotati di competenze definite (e documentate) per affrontare ipotesi di colpa in area sanitaria a disposizione di qualunque parte interessata; ciò porterebbe a escludere dall'ammissibilità tutte quelle azioni su iniziativa di parte prive di un supporto tecnico-interpretativo svolto da professionisti non idonei.

In una fase storica dominata da incertezze su più fronti, maldestri tentativi di scher-

mare contenziosi potrebbero innescare reazioni di sfiducia proprio nei confronti di quei soggetti che si vorrebbero proteggere.

A questo punto la calma discese su Don Fabrizio che finalmente aveva sciolto l'enigma; adesso sapeva chi era stato strangolato a Donnafugata, in cento altri luoghi, nel corso di quella nottata di vento lercio: una neonata, la buonafede; proprio quella creaturina che più si sarebbe dovuta curare, il cui irrobustimento avrebbe giustificato altri stupidi vandalismi inutili.

G. Tomasi di Lampedusa. *Il gattopardo*.