

Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie.

di **Laura Scaramellini**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La Legge Gelli-Bianco e la disciplina prevista dall'art. 590-*sexies* c.p. – 2.1 L'imperizia. – 2.2 Il rispetto delle linee guida "accreditate" o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali. – 2.3 L'adeguatezza alle specificità del caso concreto. – 2.4 Il grado della colpa. – 3. Le proposte di emendamento al Decreto Legge "Cura Italia". – 4. Palliativi o cure effettive? Alcune riflessioni. – 5. Le possibili direttrici per una terza (e definitiva?) riforma del diritto penale medico.

1. Premessa

Intervistata dalla stampa, alla domanda «*Il tampone è stato immediato?*», l'anestesista dell'ospedale di Codogno che, per prima, ha intuito la diagnosi di Mattia, il paziente uno, ha così risposto: «*Ho dovuto chiedere l'autorizzazione all'azienda sanitaria. I protocolli italiani non lo giustificavano. Mi è stato detto che se lo ritenevo necessario e me ne assumevo la responsabilità, potevo farlo*»¹.

Responsabilità. Una parola che – di fronte all'avanzata inarrestabile di un nemico sconosciuto, che in pochissimo tempo ha imposto a ciascuno di noi cambiamenti radicali nel modo di lavorare, di stare accanto ai nostri cari, di vivere la quotidianità – ha alimentato, e continua ad alimentare, il dibattito pubblico. Ci si interroga su eventuali responsabilità degli organi di governo nazionale ed internazionale, delle amministrazioni regionali e locali, delle strutture sanitarie; persino di quei medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc., inizialmente acclamati come eroi dalle finestre e dai balconi di tutta Italia per il loro instancabile e coraggioso lavoro.

È sufficiente, infatti, aprire le pagine di un qualunque quotidiano per cogliere i sintomi dell'inizio di una deriva accusatoria nei confronti proprio di quello stesso personale sanitario, destinatario di innumerevoli manifestazioni di stima e solidarietà. Si sono registrate le prime denunce presentate dai parenti delle vittime per asseriti negligenze nelle cure dei propri cari, l'avvio di indagini da parte di diverse Procure della Repubblica per presunti casi di

¹ G. VISETTI, *Coronavirus, l'anestesista di Codogno che ha intuito la diagnosi di Mattia: "Ho pensato all'impossibile"*, *Repubblica*, 6 marzo 2020.

malpractice, finanche inaccettabili campagne pubblicitarie volte a promuovere azioni legali, civili e penali, nei confronti degli "eroi", trasformatisi, improvvisamente, in nemici.

Così, nel tentativo di arginare tale fenomeno e restituire serenità agli esercenti le professioni sanitarie – già stremati da condizioni di lavoro precarie, turni massacranti, carenza di presidi di protezione individuale, di farmaci, macchinari e personale – nel corso della discussione in Senato per la conversione in legge del Decreto cosiddetto "*Cura Italia*"², sono stati formulati diversi emendamenti volti ad introdurre una sorta di "scudo" per mettere al riparo il personale sanitario dai rischi legati all'esercizio della professione nell'ambito dell'emergenza Covid-19, sia sotto il profilo civile sia sotto il profilo penale, qui di interesse. Al momento la discussione, dopo aver suscitato reazioni di segno contrastante, ha subito una battuta di arresto, in attesa dell'avvio di un tavolo di lavoro che consenta l'instaurarsi di un dibattito più approfondito e ampio.

Il presente elaborato si pone, dunque, la finalità di svolgere talune riflessioni in merito agli aspetti ancora aperti che riguardano la responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie: l'attuale disciplina, riformata poco più di due anni fa, è effettivamente inadeguata di fronte ad una situazione emergenziale come quella in essere? Vi sono, nel nostro ordinamento, altri strumenti giuridici che potrebbero essere invocati per tutelare il personale sanitario? Le proposte di modifica al Decreto Legge "*Cura Italia*" avrebbero consentito di mettere effettivamente al riparo medici, infermieri, operatori socio-sanitari dalla spada di Damocle di un procedimento penale?

2. La Legge Gelli-Bianco e la disciplina prevista dall'art. 590-sexies c.p.

Per poter fornire una risposta agli interrogativi di cui sopra, è preliminarmente necessario ripercorrere i tratti essenziali della disciplina che attualmente governa la responsabilità penale in ambito medico-chirurgico. Tale settore è stato oggetto, nell'ultimo decennio, di ben due riforme legislative di notevole portata: il Decreto-Legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con Legge 8 novembre 2012, n. 189, meglio nota come "Legge Balduzzi" e, successivamente, la Legge 8 marzo 2017, n. 24, conosciuta come "Legge Gelli-Bianco".

Si tratta di due provvedimenti che, a parere di chi scrive, risultano legati da un rapporto di discontinua continuità. Da un lato, infatti, entrambi sono frutto della volontà del Legislatore di intervenire, arginandolo, sul fenomeno della

² Disegno di Legge n. 1766 – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 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.*

cosiddetta "medicina difensiva"³, causa non solo di un incremento significativo della spesa pubblica in ambito sanitario, ma, altresì, di profili di inefficienza e minor affidabilità delle cure prestate. Dall'altro lato, con la Legge Gelli-Bianco si è cercato di fornire una risposta ai numerosi nodi lasciati irrisolti dalla previgente disciplina, con ripercussioni pratiche di non poco conto.

Proprio a tal fine, il Legislatore del 2017 è intervenuto ridisegnando i confini della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie (medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc.) secondo una nuova architettura normativa e concettuale, fondata su una serie di pilastri, quali, in estrema sintesi: l'ancoraggio della non punibilità alla sola imperizia, l'introduzione di un sistema di validazione delle linee guida, l'eliminazione di qualunque riferimento al grado della colpa (parametro, questo, poi recuperato dai successivi interventi giurisprudenziali in materia, come meglio si vedrà nel prosieguo). Su tali pilastri è stato così eretto il nuovo art. 590-*sexies* c.p., rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*", cuore pulsante dell'attuale assetto normativo in tema di responsabilità penale medico-chirurgica, a tenore del quale "*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"⁴.

Se il primo comma della disposizione in parola non colpisce certo per originalità, limitandosi a circoscrivere il perimetro di applicazione della stessa alle sole ipotesi di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.)⁵, non è revocabile in dubbio, invero, la portata

³ Secondo la definizione fornita dal Congresso degli Stati Uniti D'America, la "medicina difensiva" consiste in quel fenomeno per il quale il medico ordina esami, procedure o visite in eccesso (medicina difensiva cosiddetta "positiva") o, all'opposto, evita pazienti a rischio o procedure ad alto rischio (medicina difensiva cosiddetta "negativa"), principalmente, anche se non in via esclusiva, per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

⁴ Tale disposizione è andata ad abrogare l'art. 3, comma primo, della Legge Balduzzi, a mente del quale "*L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale, risponde dei danni derivanti da tali attività solo nei grave casi di dolo e colpa*".

⁵ La circostanza per la quale tale disciplina risulta applicabile alle sole ipotesi delittuose di omicidio e lesioni colpose è stata oggetto di diverse critiche atteso che il diritto penale medico conosce ulteriori fattispecie, tra le quali, a titolo di esempio l'interruzione colposa di

innovativa, rispetto al passato, del secondo comma, attraverso il quale si è voluto introdurre una particolare disciplina per gli esercenti una professione sanitaria, onde sottrarli alla normale punibilità prevista dal codice penale in presenza di una serie di presupposti, tra loro cumulativi: la verifica dell'evento a causa d'imperizia, il rispetto delle linee guida "accreditate", l'adeguatezza di queste alle specificità del caso concreto.

Pur senza alcuna pretesa di esaustività, di seguito si fornisce una breve disamina degli stessi.

2.1 L'imperizia.

Affinché possa trovare applicazione la nuova causa di non punibilità, il secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., innanzitutto, richiede in maniera espressa che l'evento morte o lesione sia la conseguenza di una condotta imperita, sia essa attiva od omissiva. Come noto, il concetto di imperizia ricomprende in sé tutte quelle condotte derivanti da una insufficiente attitudine a svolgere una attività che richiede conoscenze specifiche di regole scientifiche e tecniche dettate dalla scienza e dall'esperienza⁶. In altre parole, l'imperizia consiste in una scarsa preparazione professionale, che può derivare da insipienza tecnico-scientifica ovvero da un inadeguato bagaglio di esperienza specifica o, ancora, da un difetto di capacità.

Lo *standard* richiesto in termini di perizia verrà valutato secondo il parametro oggettivo del cosiddetto *homo eiusdem professionis et condicionis*, vale a dire prendendo come riferimento la figura astratta di un "agente-modello", esperto ed accorto, che svolga quella stessa attività posta in essere in concreto dal soggetto agente. Con specifico riferimento all'ambito medico-chirurgico, vi saranno una pluralità di "agenti-modello" a seconda, per esempio, della qualifica professionale (medico generico vs medico specialista), dell'area di specializzazione (anestesista, medico cardiologo, infermiere, ecc.), dell'età e dell'esperienza (specializzando, medico appena abilitato, ecc.).

Riportando ad unità i diversi orientamenti sviluppatasi in relazione al previgente art. 3 della Legge Balduzzi⁷, il Legislatore del 2017 ha chiaramente

gravidanza. Cfr., *ex multis*, P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

⁶ Cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

⁷ L'art. 3 non forniva alcuna indicazione in merito alla forma di colpevolezza (imprudenza, negligenza, imperizia) rilevante ai fini della esclusione della punibilità, soffermandosi, invece, sul grado della stessa (come anticipato, non veniva esclusa la punibilità soltanto per quelle condotte caratterizzate da dolo e colpa grave). Ciò nonostante, le prime pronunce giurisprudenziali sul tema avevano sancito l'orientamento – che trovava conforto anche in un'ampia parte di dottrina – secondo il quale l'art. 3 della Legge Balduzzi aveva valenza soltanto con riferimento alle ipotesi di imperizia dell'esercente una professione sanitaria e non anche nelle ipotesi di negligenza ed imprudenza (cfr., *ex multis*, Cass. Pen., 28 maggio-30

escluso dal perimetro applicativo della nuova disposizione le ipotesi di morte e lesioni cagionate da condotte negligenti (vale a dire da trascuratezza, disattenzione, dimenticanza, leggerezza in rapporto ad una regola di condotta che prescrive di attivarsi in maniera diligente) ed imprudenti (vale a dire, derivanti dalla violazione di regole cautelari che richiedono di astenersi dall'agire ovvero che richiedono di agire adottando debite cautele)⁸. Per esemplificare, la nuova disciplina non potrà essere invocata nel caso di condotte quali la dimenticanza di garze o ferri chirurgici nell'addome del paziente (negligenza) o l'esecuzione di un intervento chirurgico in condizioni fisiche precarie (imprudenza).

2.2 Il rispetto delle linee guida "accreditate" o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Il tema delle linee guida è, senza ombra di dubbio, l'aspetto centrale della nuova disciplina, tanto da venire ad esso dedicato un intero articolo della Legge Gelli-Bianco (art. 5).

Innanzitutto, è utile ricordare come, secondo un orientamento ormai da tempo consolidato in giurisprudenza, le linee guida consistono in raccomandazioni di comportamento clinico, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche. Esse si sostanziano, dunque, nell'indicazione di *standard* diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi⁹.

Diversamente, le buone pratiche clinico-assistenziali sono definite dai

giugno 2015, n. 27185; Cass. Pen., 20 marzo-23 aprile 2015, n. 16944; Cass. Pen., 8 luglio 2014, Sozzi; Cass. Pen., 11 marzo 2014, Carlucci). Successivamente, però, la stessa giurisprudenza aveva iniziato a mutare il proprio orientamento e, seguendo un approccio più fedele al dato letterale della norma, aveva concluso per l'applicabilità dell'art. 3 della Legge Balduzzi anche ad ipotesi connotate da colpa generica diversa dall'imperizia, sempre l'operato del medico fosse stato conforme alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali (cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo-30 marzo 2017, n. 1614, Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio-6 giugno 2016, n. 23283; Cass. Pen., Sez. IV, 1 luglio-16 novembre 2015, n. 45527).

⁸ Con riferimento alla nozione di imprudenza, la giurisprudenza più recente la definisce come la realizzazione di una attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui (cfr. Cass. Pen., Sez. IV, n. 24384, 26 aprile 2018; conforme a Cass. Pen., Sez. IV, n. 16944, 20 marzo 2015, Rota e altri). In dottrina, sulla nozione generale di negligenza e imperizia cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, agosto 2018.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, Cass. Pen., 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass. Pen., 8 ottobre 2013, n. 7951. Tali concetti sono stati, di recente, ribaditi da Cass. Pen., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102

principali esperti internazionali in tema di qualità e rischio clinico come "ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assistenziali, basata su standard di qualità e di sicurezza. Questi standard hanno origine da evidenze, da letteratura e da organizzazioni sanitarie. Una buona pratica necessita di indicatori specifici da monitorare nel tempo e può variare a seconda del settore a cui si fa riferimento (ospedale, infermeria o studio medico) come anche in base alle singole aree (terapia intensiva, impiego di farmacia, prevenzione delle infezioni)"¹⁰.

Seguendo il solco tracciato dalla previgente normativa, l'art. 5 della Legge Gelli-Bianco ribadisce, innanzitutto, l'importanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali, sancendo espressamente il dovere generalizzato di medici, infermieri, operatori socio-sanitari, ecc., di osservare le raccomandazioni ivi contenute "nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale".

Il Legislatore del 2017 non si è, tuttavia, fermato qui, ma – anche con l'obiettivo di superare le critiche di eccessiva genericità mosse, da più fronti, alla Legge Balduzzi – ha costruito un vero e proprio sistema di linee guida, strutturato e formalizzato, attraverso la previsione di un articolato iter di elaborazione ed emanazione delle stesse¹¹.

Chiarito, dunque, come l'attività di "elaborazione di linee guida" comprenda sia la loro produzione *ex novo* sia l'adattamento nazionale di linee guida internazionali sia l'aggiornamento di linee guida preesistenti, l'art. 5 della Legge Gelli-Bianco individua in maniera puntuale i soggetti ai quali tale compito è demandato: non più le sole società scientifiche, ma anche enti ed istituzioni pubbliche e private nonché società e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, purché in possesso di determinati requisiti¹². Per tali soggetti è poi prevista una sorta di "accreditamento", attraverso l'iscrizione ad un apposito elenco, da aggiornarsi con cadenza biennale, di competenza del Ministero della Salute. Il primo elenco delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche autorizzate all'elaborazione delle linee guida è stato divulgato con determina del Ministero della Salute del 6 novembre 2018, in attuazione del Decreto Ministeriale del 2 agosto 2017.

Così individuati i soggetti legittimati alla produzione di linee guida, la normativa richiede un ulteriore requisito, vale a dire la pubblicazione delle

¹⁰ Definizione utilizzata dall'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali.

¹¹ Cfr. art. 5 della Legge Gelli-Bianco.

¹² Sul punto, la Legge Gelli-Bianco ha attribuito al Ministero della Salute il compito di regolamentare i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche, la loro costituzione mediante atto pubblico, le varie garanzie da inserire nello statuto, la procedure di iscrizione agli albi, le verifiche sul mantenimento dei requisiti nonché le modalità di sospensione e di modificazione.

stesse nel Sistema Nazionale delle Linee Guida ("**SNLG**"), gestito dall'Istituto Superiore di Sanità, al quale è affidato il compito di svolgere un vaglio di affidabilità al fine di estromettere la cosiddetta "scienza spazzatura" o "scienza scaduta".

In conclusione, perché possa trovare applicazione la causa di non punibilità ex art. 590-*sexies* c.p., l'esercente una professione sanitaria dovrà attenersi alle sole linee guida "accreditate", ovvero a quelle linee guida (ed ai relativi aggiornamenti) provenienti dai soggetti iscritti nell'apposito elenco di competenza del Ministero della Salute ed incluse nel SNLG.

Non sono, invece, ricomprese in tale sistema le cosiddette buone pratiche clinico-assistenziali, alle quali la Legge Gelli-Bianco attribuisce un ruolo sussidiario, giacché il medico dovrà attenersi a queste ultime soltanto in assenza di linee guida "accreditate". Per le buone pratiche clinico-assistenziali, peraltro, non è previsto uno specifico *iter* di elaborazione e pubblicazione, così come contemplato per le linee guida, né alcuna indicazione è stata fornita dal Legislatore circa il contenuto e i requisiti delle stesse. Tuttavia, al fine di fornire supporto ai professionisti sanitari su quegli argomenti non coperti dalle linee guida "*come definite e pubblicate ai sensi di legge*", l'ISS ha pubblicato sulla pagina *web* del SNLG "*le buone pratiche identificate dal CNEC attraverso un processo di ricognizione della letteratura biomedica e delle best practices riconosciute con meccanismi di consenso fra esperti, a livello nazionale e internazionale*"¹³.

Non da ultimo, sul rapporto tra linee guida "accreditate" e non e buone pratiche clinico-assistenziali, si è espressa di recente la Corte di Cassazione, la quale ha chiarito come, in mancanza di linee guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui all'art. 5 della Legge Gelli-Bianco, possa farsi richiamo alle linee guida attualmente vigenti, considerandole alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali (precisando, tuttavia, come tale opzione ermeneutica non sia "*agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali*")¹⁴.

2.3 L'adeguatezza alle specificità del caso concreto.

Le linee guida seguite dall'esercente una professione sanitaria dovranno essere, inoltre, "adeguate" alle specificità del caso concreto. Tale inciso codifica un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo il quale le linee guida non corrispondono *tout court* a regole cautelari, come

¹³ I criteri adottati ai fini di tale selezione sono i seguenti: rilevanza dell'argomento, data di pubblicazione inferiore a 3 anni, composizione multidisciplinare e multiprofessionale del panel di esperti, descrizione chiara e dettagliata della metodologia adottata e in linea con gli standard adottati dal CNEC per valutare la qualità delle evidenze scientifiche.

¹⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, n. 28102, 21 marzo 2019.

quelle che presidiano le ipotesi di colpa specifica¹⁵. Pertanto, il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determinerà, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario, dovendosi comunque accertare l'idoneità del percorso terapeutico indicato dalle linee guida seguite rispetto alle specificità del quadro clinico del paziente¹⁶. Ne consegue che, qualora le emergenze della situazione contingente lo impongano, l'esercente una professione sanitaria potrà (anzi, dovrà) disattendere le raccomandazioni contenute nelle linee guida "accreditate". Tuttavia, in tale scenario è evidente come, qualora dovesse instaurarsi un procedimento penale, sarà ben arduo il compito del medico (o meglio, del suo difensore) di provare la fondatezza delle ragioni sottese alla scelta, ritenuta più adeguata nell'interesse del paziente, di non conformarsi alle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

2.4 Il grado della colpa.

A differenza della previgente disciplina contenuta nella Legge Balduzzi – secondo la quale la punibilità dell'esercente una professione sanitaria veniva esclusa per le condotte al medesimo ascritte soltanto nelle ipotesi di colpa lieve – il dettato normativo dell'attuale art. 590-*sexies* c.p. non contiene alcun riferimento al grado della colpa.

Si tratta di una presa di posizione da parte del Legislatore tanto innovativa quanto peculiare, dalla quale, sin da subito, sono sorte una serie di problematiche in sede di applicazione pratica della disposizione che ci occupa. Se da un lato, infatti, non è revocabile in dubbio che nelle ipotesi di macroscopica inosservanza delle linee guida, la punibilità non possa mai essere esclusa, neppure per colpa lieve, *quid iuris*, per esempio, nei casi in cui le linee guida vengano adeguatamente scelte in base alle specificità del caso concreto, ma il sanitario, pur attenendosi ad esse, commetta degli errori nella fase della loro esecuzione?

La risposta è stata fornita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la pronuncia 22 febbraio 2018, n. 8770 (Mariotti), che, dopo diverse decisioni di segno ondivago, ha definito puntualmente il perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p.: tale risultato è stato raggiunto ricorrendo ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che ha permesso ai Supremi Giudici il recupero del parametro della gravità della colpa per imperizia. Non è questa la sede per una analisi approfondita del percorso logico-argomentativo adottato dalla Corte, in merito al quale la

¹⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

¹⁶ Cfr., da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2020, n. 10175. In precedenza, si era espressa in senso conforme Cass. Pen., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 244555.

dottrina si è ampiamente espressa¹⁷. Ai nostri fini, ci si limita a ricordare che, a seguito dei principi statuiti con la sentenza "Mariotti", l'esercente una professione sanitaria risponderà a titolo di colpa per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza;
- b) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia, quando il caso concreto non è regolato da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali;
- c) se l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico assistenziali non adeguate alle specificità del caso concreto;
- d) se l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni contenute in linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

3. Le proposte di emendamento al Decreto Legge "Cura Italia".

Così ricostruita la vigente disciplina in tema di responsabilità penale in ambito medico-chirurgico, con l'espandersi e l'aggravarsi dell'emergenza legata alla propagazione del Covid-19 e il diffondersi delle prime notizie in merito a denunce e indagini a carico degli esercenti le professioni sanitarie, da più fronti si sono levate voci che ne hanno evidenziato l'inadeguatezza, invocando un intervento legislativo sul tema.

Come anticipato in premessa, in sede di conversione in legge del Decreto "Cura Italia", sono, dunque, stati presentati alcuni emendamenti, di iniziativa di diverse forze politiche, volti ad introdurre una normativa *ad hoc*, onde tutelare il personale medico (e le strutture sanitarie) dal rischio di azioni legali – sul versante civile, erariale e penale, qui di interesse – connesse alle condotte poste in essere nell'ambito della crisi pandemica. A tacer del fatto che il dibattito si è ora spostato in altra (più opportuna) sede a seguito del ritiro di alcuni emendamenti e della conversione di altri in ordini del giorno, è comunque utile analizzare le proposte di "scudo penale" fino ad ora formulate per poterne cogliere pregi e limiti.

Ci si intende soffermare, in particolare, su due emendamenti.

Gli onorevoli Mallegna e Sicari hanno sottoposto all'attenzione del Senato l'introduzione di un comma 1-bis all'art. 13 del Decreto "Cura Italia", a tenore del quale "*Per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 di*

¹⁷ Cfr., *ex multis*, C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018; P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 gennaio 2019.

cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e ai provvedimenti attuativi, l'esercente una professione sanitaria o il soggetto abilitato a norma dell'articolo 102 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, non è punibile per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente. Nei casi contemplati dal precedente periodo, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, in deroga a quanto previsto dall'articolo 590-sexies, secondo comma, del codice penale, la punibilità è sempre esclusa".

La norma così formulata, pur ampliando, da un lato, il perimetro della non punibilità a tutte le ipotesi di imperizia, a prescindere dal grado della colpa (disattendendo, dunque, l'orientamento sancito dalla sentenza Mariotti), circoscrive, dall'altro lato, lo "scudo penale" alle sole ipotesi di morte o lesioni colpose, secondo il modello dell'art. 590-sexies c.p. (con l'esclusione, quindi, di diverse fattispecie che potenzialmente potrebbero venire in essere in un contesto emergenziale straordinario) e ai casi di colpa derivante da (a) indisponibilità di mezzi o (b) dall'aver agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente.

Più ampia risulta, invece, la struttura dell'emendamento a firma dell'onorevole Marcucci, il quale ha proposto l'introduzione di un nuovo art. 1-bis, il cui comma terzo dovrebbe prevedere quanto segue: *"Fermo quanto previsto dall'articolo 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2".*

I tratti caratterizzanti di tale proposta sono i seguenti:

- a) l'esclusione della punibilità del personale sanitario per *"tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020"*. Nessun riferimento, dunque, alle sole fattispecie di omicidio o di lesioni colpose così come nessun riferimento specifico alla *species* dell'imperizia;
- b) il recupero del parametro della colpa grave, quale limite esterno all'area di non punibilità;
- c) l'introduzione di una puntuale definizione di colpa grave, secondo la quale *"La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi*

emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere";

- d) la valorizzazione delle specificità del contesto di emergenza pandemica. In particolare, il proposto comma due stabilisce che, nella valutazione del grado della colpa, dovrà guardarsi, tra l'altro, alla "*proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili*", al "*numero di pazienti su cui è necessario intervenire*" nonché al "*carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore*".

4. Palliativi o cure effettive? Alcune riflessioni.

Pur se animata dall'intento di contenere maggiormente il rischio penale per gli esercenti le professioni sanitarie, l'impianto introdotto dalla Legge Gelli-Bianco, e in particolare la disciplina di cui all'art. 590-*sexies* c.p., ha mostrato, sin dalle prime applicazioni pratiche, molteplici nodi difficili da sciogliere, che hanno finito con il limitarne notevolmente la portata rispetto alle previsioni iniziali.

Nodi che, soltanto parzialmente risolti dalla successiva giurisprudenza, rendono, a parere di chi scrive, tale normativa inidonea di per sé a fornire una tutela ad ampio spettro sul versante penale al personale sanitario impegnato quotidianamente nella strenua battaglia contro il Covid-19.

Si pensi, ad esempio, alle molteplici fattispecie di rilevanza penale nelle quali medici, infermieri, operatori socio-sanitari possono incorrere nell'esercizio della propria professione in un contesto di straordinaria emergenza quale quello in essere – è fatto noto l'apertura di diversi fascicoli investigativi per l'ipotesi di epidemia colposa – laddove, per converso, l'art. 590-*sexies* c.p. ricomprende nel proprio perimetro soltanto i casi di omicidio e lesioni colpose.

E ancora, la Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza "Mariotti", hanno doppiamente limitato la causa di non punibilità in parola, rendendola applicabile esclusivamente agli eventi di morte o lesioni (i) cagionati da imperizia non grave (ii) nella fase esecutiva della professione sanitaria, ovvero sia in quella di attuazione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida (correttamente) prescelte. Con la conseguenza, irragionevole ed inaccettabile, che, ad esempio, il medico, il quale, nonostante uno stato psico-fisico precario a causa del forte stress e delle innumerevoli ore di lavoro, seguiti ad operare nel tentativo di salvare quante più vite possibili – non certo per velleità personali, bensì per sopperire ad una oggettiva carenza di personale – potrebbe rischiare qualora, malauguratamente, dalla propria condotta dovessero derivare un nocumento al paziente, una contestazione per lesioni colpose causate da imprudenza, senza poter beneficiare della previsione *ex art.* 590-*sexies* c.p. Altro aspetto critico è quello connesso al tema delle linee guida. Come

rappresentato nei precedenti paragrafi, l'assetto normativo introdotto dalla Legge Gelli-Bianco è saldamente ancorato non al rispetto delle linee guida genericamente intese, bensì al rispetto di quelle linee guida "*definite e pubblicate ai sensi di legge*". Una scelta, questa, che, seppur dettata dalla ragionevole necessità di sottoporre ad un vaglio di affidabilità il sapere, a fronte del proliferare della *junk science*, corre, tuttavia, il rischio di cristallizzare le conoscenze tecnico-scientifiche, facendole rimanere sempre un passo indietro rispetto alle reali esigenze. Il medico, l'infermiere, l'operatore socio-sanitario, al fine di mettersi al riparo da eventuali conseguenze sul versante penalistico, saranno portati a conformarsi strettamente a quanto previsto dalle linee guida vigenti, già "certificate", laddove, al contrario, la straordinarietà dell'attuale situazione richiederebbe, invero, l'assunzione di un "rischio di sperimentare".

Non bisogna, infatti, scordare che due sono i profili, strettamente correlati, che vengono in rilievo rispetto alla situazione che le strutture sanitarie stanno vivendo. Da un lato, il profilo emergenziale: il personale sanitario si trova ad operare in condizioni di alta criticità, che impongono interventi rapidi ed immediati nonché un impiego importante di forze in termini di personale, ore di lavoro, concentrazione, ecc., tanto che, da più parti, si è parlato di una situazione "*da medicina di guerra*". Dall'altro lato, il profilo delle conoscenze (*rectius*, della mancanza di conoscenze) scientifiche: il Covid-19 è stato definito dagli esperti un "*nemico sconosciuto*", "*subdolo*", per il quale terapia e vaccino appaiono essere un approdo ancora molto lontano. A fronte di tale scenario, dei risultati potranno essere raggiunti soltanto attraverso la ricerca e l'innovazione, che non possono essere confinate entro schemi precostituiti. E valgano come esempio proprio le parole dell'anestesista di Codogno, la quale si è dovuta "assumere la responsabilità" del tampone effettuato al paziente uno, in quanto non giustificato dai protocolli italiani.

Da taluni è stato affermato come il nostro ordinamento presenti già degli strumenti che, al di là del ricorso alla causa di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p., possono fornire adeguata risposta alle esigenze della classe medica nell'ambito dell'emergenza pandemica in essere: tra questi, la causa di giustificazione dello stato di necessità, disciplinata all'art. 54 c.p. o ancora l'esclusione della punibilità per chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore ex art. 45 c.p. Ebbene, se è vero che tali disposizioni ben potrebbero essere evocate in relazione a determinati casi in una ottica difensiva, è altresì vero che, affrontando un discorso di più ampio respiro, non possono condividersi le conclusioni di chi ritiene che le predette norme forniscano una soluzione di portata generale (trattandosi, peraltro, di norme che incidono su profili diversi del reato). Un intervento del Legislatore sul tema si rende, pertanto, indispensabile.

Nelle proposte avanzate in sede di conversione del Decreto Legge "*Cura Italia*" si possono cogliere alcuni spunti interessanti, quali il tentativo di

ampliare l'area della colpa non punibile (andando oltre i confini della sola imperizia ed includendo ulteriori fattispecie, oltre a quelle di morte e lesioni colpose), l'ancoraggio della responsabilità penale esclusivamente al dolo e alla colpa grave, della quale si è, altresì, cercato di fornire una definizione (slegata da qualsivoglia riferimento al sistema delle linee guida "accreditate") nonché la valorizzazione del contesto organizzativo, in termini di persone e di mezzi, in cui la professione viene svolta.

Nondimeno, quello della responsabilità penale medico-chirurgica è un ambito così delicato e complesso da richiedere una riflessione quanto più ampia e approfondita possibile, che mantenga ben distinto il piano delle effettive esigenze di tutela dei medici-eroi dal piano degli interessi politici ed economici sottesi alla gestione dell'attuale crisi: dopo due interventi riformatori in cinque anni, "interventi emergenziali" non ponderati, che finirebbero col risolversi in meri palliativi, non possono essere ammessi.

5. Le possibili direttrici per una terza (e definitiva?) riforma del diritto penale medico.

L'esperienza attuale offre un insegnamento essenziale, che dovrà essere posto a fondamento di qualunque nuovo intervento riformatorio del diritto penale medico: soltanto un cambio radicale del sostrato giuridico-culturale attraverso, da un lato, l'abbandono definitivo di un modello accusatorio nei confronti degli operatori sanitari, volto alla ricerca spasmodica dell'errore o dell'omissione, e, dall'altro lato, la valorizzazione del principio cardine dell'ordinamento secondo il quale la sanzione penale è l'*extrema ratio*, potrà portare alla costruzione di un sistema che, valorizzando l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, tuteli efficacemente ed effettivamente gli esercenti le professioni sanitarie.

In tale prospettiva – anche prendendo in considerazione l'esperienza comparatistica – è opinione di chi scrive valutare l'introduzione di un vero e proprio "statuto" del diritto penale medico, articolato in una serie di norme sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale.

Sotto il primo profilo, quello sostanziale, si potrebbe considerare:

- a) l'introduzione di una norma, sul modello, tra gli altri, dell'art. 150 del Codice Penale Portoghese¹⁸, che statuisca come i trattamenti medico-

¹⁸ Cfr. Artigo 150.º *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos: 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as leges artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de*

chirurgici aventi finalità terapeutica, eseguiti, nel rispetto delle *leges artis* da esercenti le professioni sanitarie legalmente autorizzati non debbano considerarsi un fatto tipico dell'offesa all'integrità fisica. Si tratterebbe di una petizione di principio, volta a recepire quanto già affermato dalla giurisprudenza; tuttavia, in tal modo, verrebbe sancito espressamente quel cambio di approccio rappresentato in apertura del presente paragrafo: non più un ragionamento in ottica di non punibilità, bensì in ottica di assenza di tipicità;

- b) la riscrittura dell'art. 590-*sexies* c.p., costruendo una fattispecie qualificata, in relazione alla quale, per un verso, venga maggiormente valorizzato il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento dannoso (che si ritiene non emerga in maniera chiara dall'attuale formulazione del primo comma) e, per altro verso, la punibilità sia limitata alla sola colpa grave. Sempre in una prospettiva comparatistica, un riferimento potrebbe essere il Codice Penale austriaco, nel quale, a seguito della riforma del 2015, è stato introdotto un "privilegio" per gli esercenti le professioni sanitarie, che limita la punibilità proprio alle sole ipotesi di colpa grave¹⁹;
- c) l'introduzione di una definizione normativa di colpa grave plasmata sulle peculiarità dell'attività medico-chirurgica, che prenda in considerazione, congiuntamente e non in via alternativa, il rispetto dei principi fondanti delle *leges artis* in materia nonché il contesto organizzativo (di personale e di mezzi) in cui l'attività viene svolta.

Una riforma del diritto penale sostanziale non è, però, da sola sufficiente se non accompagnata anche da strumenti che, sotto il profilo processuale, portino ad un effetto deflattivo dei procedimenti penali. Se è vero che le statistiche mostrano come siano molto limitati i casi in cui un procedimento penale si conclude con una condanna per un medico, è altresì opportuno considerare come la sola esistenza di un procedimento penale, ancorché in fase di indagini, possa avere effetti devastanti per medici, infermieri, operatori socio-sanitari, sia a livello professionale sia a livello umano. Effetti,

prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

¹⁹ Si tratta del cosiddetto *Medizinalpersonenprivileg* previsto dal § 88 dello StGB, a tenore del quale "*Handelt der Täter nicht grob fahrlässig und ist:*

1. *die verletzte Person mit dem Täter in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, sein Bruder oder seine Schwester oder nach § 72 Abs. 2 wie ein Angehöriger des Täters zu behandeln,*
2. *aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt oder*
3. *der Täter ein Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes und die Körperverletzung in Ausübung seines Berufes zugefügt worden,*

so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen".



questi, di ancora maggior impatto quando gli indagati altro non sono che quel personale sanitario, che fino a pochi giorni addietro abbiamo calorosamente acclamato.

E allora, una possibile soluzione – da applicarsi, innanzitutto, a quei procedimenti penali generati dall'emergenza Covid-19, per poi essere eventualmente estesa a tutti i procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità medica – potrebbe essere quella di istituire un *pool* di super consulenti, scelti, per esempio, tra i membri dell'Istituto Superiore di Sanità, i quali sia demandata l'analisi dei vari fascicoli al fine di fornire un parere ai Pubblici Ministeri circa la fondatezza o meno della notizia di reato. In altri termini, prima di procedere all'iscrizione di un determinato soggetto, medico, infermiere, operatore socio-sanitario, nel registro degli indagati, dovrebbe essere necessario per i Pubblici Ministeri ottenere una valutazione da parte di esperti selezionati, che esprimano una propria analisi preliminare in merito all'opportunità o meno di incardinare il procedimento penale nei confronti di soggetti (professionisti) determinati.

Il quadro fino ad ora descritto potrebbe, infine, essere integrato con una previsione volta ad incentivare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie medico-paziente, quali, per esempio, quello della mediazione sanitaria, già valorizzata dalla Legge Gelli-Bianco con riferimento ai procedimenti civilistici: in tale ottica, si potrebbe giungere ad ipotizzare di riconoscere a strumenti simili a quello della mediazione un ruolo (obbligatorio?) anche sul versante penalistico, con effetti estintivi del reato.