

Nuovo “scudo penale” (decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44): è una norma tautologica?

di **Luigi Fimiani**

Sommario: **1.** Premessa: il nuovo scudo penale. – **2.** Natura giuridica dell’esimente. – **3.** Rapporti con l’art. 590-*sexies*, co. 2, c.p. ed effettiva portata della novella. – **4.** Profili di colpa interessati e ricadute di diritto intertemporale. – **5.** Conclusioni e rischi.

1. Premessa: il nuovo scudo penale.

Come noto, l’art. 3 del recentissimo d.l. n. 44/2021, recante misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni, prevede una sorta di scudo penale (esclusione della punibilità) per eventuali morti o lesioni colpose ex art. 589 e 590 c.p. per quei medici e sanitari che somministrano tale vaccino allorché l’uso sia “conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute”.

La norma pare finalizzata, a livello comunicativo e di orientamento dell’interprete, a garantire da eventuali rischi penali, per i reati di cui agli articoli 589 e 590 c.p., il personale sanitario coinvolto direttamente nello svolgimento di un’attività decisiva per superare definitivamente la fase pandemica in atto.

Nello specifico, il fatto che tale normativa venga introdotta in seguito a limitati episodi infausti incorsi a sfortunati cittadini (si fa riferimento a singole forme di trombosi), specie in conseguenza della somministrazione di una tipologia vaccinale, non pare una mera casualità.

2. Natura giuridica dell’esimente.

Pochi dubbi sembrano sussistere in merito alla natura giuridica di tale esimente, che, essendo stata introdotta dal legislatore per la ragione di opportunità citata poc’anzi, configura una nuova causa di non punibilità, proprio come quella più generale per l’attività medico-sanitaria prevista dall’art. 590 *sexies*, co. 2, c.p. introdotto con la L. Gelli-Bianco¹, per come

¹ Per approfondire plurime questioni sollevate dalla legge Gelli, cfr. ROSICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.la legislazione penale.eu, 5 giugno 2017.

interpretata dalla Sezioni Unite Mariotti del 2018² che, come noto, hanno composto il precedente contrasto giurisprudenziale sorto tra due sentenze, c.d. "De Luca"³ e "Cavazza"⁴, della sezione IV della Cassazione.

Si ritiene, nello specifico, che la medesima sia una causa c.d. concomitante di esclusione della punibilità, in quanto riferita alla condizione personale dell'agente, con tutte le relative conseguenze specialmente in tema di supposizione erronea dell'esistenza delle medesime, con la mancata applicazione dell'art. 59, co. 4, c.p. valevole solo per le cause di giustificazione e le scusanti, ed in materia di concorso di persone del reato, con l'applicazione del primo comma dell'art. 119 c.p. che, come noto, ritiene che circostanze simili che escludono la pena «hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono».

² Sez. Un. "Mariotti", 22 febbraio 2018, n. 8770, in C.E.D. Cass., n. 272174, in *Cassazione Penale*, 2018, p. 1452, con nota di CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Il foro italiano*, 2018, p. 366, con nota di BETTIOL, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla causa di non punibilità dell'art. 590 sexies in tema di responsabilità medica*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 646, con nota di BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 841, con nota di DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, e p. 944, con nota di RISICATO, *Le Sezioni Unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia "lieve" del medico*.

³ Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187, in C.E.D. Cass., n. 270214, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2017, p. 1369, con nota di CALETTI e MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 3164, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 2199, con nota di RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 13 novembre 2017, con nota di FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, e fasc. 13 giugno 2017, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, ed in *Il foro italiano*, 2017, p. 493, con nota di BETTIOL, *Concorso di persone nel reato – concorso colposo in reato doloso – ammissibilità – attività medico-chirurgica*.

⁴ Sez. IV, 31 ottobre 2017, n. 50078, in C.E.D. Cass., n. 270985, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 7 novembre 2017, con nota di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, e fasc. 5 dicembre 2017, con nota di PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, in *Archivio Penale*, 2018, fasc. 1, con nota di BISCEGLIA, *Il discutibile secondo lifting giurisprudenziale su di un tessuto normativo difettoso*, ed in *Cassazione penale*, 2018, p. 161, con nota di CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia medica? La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni unite*.

3. Rapporti con l'art. 590-*sexies*, co. 2, c.p. ed effettiva portata della novella.

Tra l'art. 590-*sexies*, co. 2, c.p. e la novella in commento sembrano sussistere notevoli differenze, in quanto la fase di attività del medico in cui opera l'esimente pare posizionata su due piani temporali distinti.

Nello specifico, la causa di non punibilità prevista nel codice penale prevede la non punibilità del sanitario, per imperizia lieve, esclusivamente nel caso in cui egli abbia condotto un errore nella fase esecutiva dell'operazione avendo rispettato pienamente le raccomandazioni a monte.

Nel nuovo "scudo penale", invece, il legislatore statuisce semplicemente come il rispetto degli atti di soft law nella somministrazione del vaccino e, pertanto, nella fase esecutiva di tale operazione, non rende punibile chi abbia inoculato il prodotto.

Si nota bene la differenza: nel primo caso si prevede come un errore nella fase esecutiva per imperizia lieve esime il soggetto attivo da una responsabilità penale, nel secondo, invece, il recente decreto legge si limita a prevedere un meccanismo apparentemente ovvio, ovvero quello per cui se il sanitario somministra il vaccino rispettando ogni raccomandazione non viene punito.

Ci si chiede, pertanto, se tale atto sia o meno una norma tautologica, come tale, quindi, priva di significato innovativo.

La risposta deve essere negativa.

Difatti, la causa di non punibilità recentemente introdotta, sembra riesumare, piuttosto che l'indicato meccanismo della L. c.d. "Gelli-Bianco", che ha introdotto il citato art. 590-*sexies* c.p., quello della Legge c.d. Balduzzi n. 189/2012 (anche in tal caso l'esimente era prevista all'art. 3⁵), considerato che in entrambe le ipotesi l'esecuzione della prestazione deve avvenire, per escludere la punibilità, nel pieno rispetto delle raccomandazioni previste dagli atti normativi e non di riferimento.

L'assimilazione tra i due dettati normativi risulta, inoltre, più completa se si esamina la portata degli stessi in riferimento alla condotta del sanitario in un momento antecedente a quello dell'esecuzione della prestazione.

In particolare, nella c.d. Balduzzi ciò che esclude la punibilità è su tutti il c.d. errore strategico, ovvero il caso in cui per colpa lieve il medico-sanitario non si sia discostato dalle linee guida e buone pratiche nel momento di scelta della cura da adottare sul paziente, anche allorché le circostanze del caso concreto richiedevano un comportamento differente, ad esempio quando le linee guida raccomandano la selezione di un farmaco contenente glucosio, ma il paziente è diabetico.

⁵ Si prevedeva come «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve».

E tale principio sembra esportabile, in parte, anche oggi, al fine di riempire di significato la novella normativa.

Difatti, considerato che l'errore esecutivo nella inoculazione del vaccino non esclude la punibilità (la norma richiede che il sanitario debba necessariamente attenersi a tutte le raccomandazioni) e che la scelta strategica a monte di vaccinarsi ricade sul singolo consociato, e non sul medico, sembra rilevare, quale esimente, l'errore del somministratore nella fase immediatamente antecedente all'inoculazione, che potrebbe essere definita, richiamando termini conosciuti da autorevole dottrina, il c.d. errore strategico nella fase esecutiva.

Quindi, in sostanza, per non qualificare la norma come meramente tautologica, sembra preferibile ritenere che, anche qualora, in base alla situazione del caso concreto, il personale sanitario avrebbe potuto e dovuto prima dell'inoculazione adottare condotte ancora più prudenti e diligenti, ad esempio prescrivendo ulteriori analisi o attendendo un consulto di uno specialista, a causa di una situazione patologica del paziente particolarmente grave e peculiare, la colpa di quel medico non si configuri qualora il paziente abbia riportato lesioni o sia deceduto.

4. Profili di colpa interessati e ricadute di diritto intertemporale.

Lo "scudo", peraltro, non riferendosi espressamente solo all'imperizia come nel citato art. 590 sexies, co. 2, c.p., sembra idoneo ad escludere la punibilità per il sanitario che si trovi in qualsiasi forma di colpa c.d. generica, ovvero, come previsto nella L. Balduzzi, anche per imprudenza e negligenza, ampliando, pertanto, la tutela del medico.

Sotto distinto profilo, ci si può domandare quale grado di colpa debba essere scriminato.

Orbene, alla luce della L. Balduzzi e L. Gelli Bianco, così come interpretata dalla citata sentenza Mariotti, è ragionevole concludere che gli interpreti riterranno non punibile esclusivamente il medico o sanitario che si trovi in colpa lieve⁶, anche alla luce dell'art. 2236 c.c.,⁷ ritenuto regola di esperienze generale cui si attribuisce fondamentale rilievo nella valutazione dell'addebito, specialmente con riguardo a contesti, come quello in atto, del tutto peculiari e a *"situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza"*, che *"implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione"*.

⁶ In merito al necessario accertamento, nella giurisprudenza *post* Mariotti, del grado della colpa da parte del giudice di merito, cfr. Sez. IV, 6 agosto 2018, n. 37794, in *C.E.D. Cass.*, n. 273464 e Sez. IV, 2 novembre 2018, n. 49884, in *C.E.D. Cass.*, n. 274045.

⁷ (Responsabilità del prestatore d'opera), che prevede: *«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 colpa grave»*.

Inoltre, la nuova causa di non punibilità avrà ripercussioni anche sotto i profili di diritto intertemporale, poiché le condotte pregresse di vaccinazione del medico o sanitario, anche in caso di morte o lesioni del paziente, non saranno punibili, quantomeno sposando la teoria bipartita o tripartita, ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p., salvo pertanto il giudicato che difficilmente si è ad oggi formato considerata la vicinanza temporale dell'inizio delle vaccinazioni in Italia. Risulta, quindi, pienamente tangibile la *ratio* sottesa al principio di retroattività della *lex mitior*, che, a differenza del principio di irretroattività sfavorevole, viene tutelato dall'art. 3 della Costituzione⁸ proprio al fine di evitare disparità di trattamento tra soggetti che abbiano adottato una medesima condotta, ma in tempi differenti, come ad esempio due sanitari che abbiano inoculato il medesimo vaccino un giorno prima o un giorno dopo l'entrata in vigore della presente decretazione d'urgenza.

5. Conclusioni e rischi.

Poste tali ulteriori questioni tecniche, pare opportuno concludere domandandosi se sia possibile, alla luce del decreto-legge di nuova introduzione, scongiurare eventuali rifiuti da parte del personale sanitario alla somministrazione di uno o più tipologie di vaccini.

Sembra invero probabile come, in concreto, difficilmente tale scudo esimerà le autorità inquirenti dall'iscrizione del soggetto agente nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., poiché la necessaria valutazione del grado di colpa in capo al sanitario, dirimente ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di nuova introduzione, richiederà necessariamente l'intervento di un tecnico, *sub specie* consulente o perito, che si attiverà, su richiesta del pm o del giudice, esclusivamente dopo l'avvio del procedimento penale.

Tale conclusione sembra peraltro collimare con il principio cardine di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., che, come ci insegna la giurisprudenza costituzionale, "*non prevede deroghe né con riferimento al suo effettivo esercizio né con riferimento alla relativa modalità di svolgimento*".⁹

Pertanto, logica conseguenza di tale conclusione è quella per la quale, anche se astrattamente molte condotte dei sanitari nelle operazioni inerenti alla vaccinazione non saranno punibili, gli stessi continueranno a valutare attentamente i rischi derivanti dalle proprie azioni, specie se si considera il potenziale pericolo che gli interpreti ritengano sussistente la colpa grave anche quando potrebbe non essere davvero tale.

⁸ Su tutte vv. il par. 11 della recente Corte Cost., 23 dicembre 2020, n. 278, sul tema della retroattività o meno della nuova causa di sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020.

⁹ Tra le altre cfr. Corte Cost., 27 febbraio 2015, n. 23.



Se da un lato potrebbero così verificarsi comportamenti c.d. pilateschi del personale medico-sanitario, come il rifiuto di inoculazione del vaccino in casi particolari¹⁰, ben più rischioso sarà il possibile ampliamento del fenomeno della c.d. "medicina difensiva"¹¹, che, come noto, determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati al solo scopo di evitare eventuali responsabilità civili e penali, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, che sull'aumento delle liste di attesa e dei costi gravanti sulle aziende sanitarie, in spregio ai parametri costituzionali di cui agli artt. 32, 41 e 97 Cost..

¹⁰ Il decreto ivi commentato prevede tra l'altro l'obbligo per i sanitari di sottoporsi a vaccinazione, pena, in caso di accertata mancata vaccinazione, la sospensione dall'esercizio della professione fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

¹¹ La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 295 del 6 dicembre 2013, in *Il Corriere giuridico*, 2014, p. 1191, con nota di GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?... alla prossima*, definisce tale fenomeno come "la tendenza della classe medica ad adottare scelte diagnostiche e terapeutiche che valgano a porla a riparo da conseguenze penali e da richieste risarcitorie, ma che non necessariamente rispondono all'interesse del paziente.