theFuture ofScience andEthics

Rivista scientifica a cura del Comitato Etico
della Fondazione Umberto Veronesi

Volume 5 ■ 2020

Fondazione
Umberto Veronesi
– per il progresso
delle scienze

theFuture
ofScience
andEthics

Fondazione
Umberto Veronesi
–per il progresso
delle scienze

theFuture ofScience andEthics

Rivista scientifica
del Comitato Etico
della Fondazione Umberto Veronesi
ISSN 2421-3039
ethics.journal@fondazioneveronesi.it
Via Solferino, 19
20121, Milano

Progetto grafico: Gloria Pedotti

Finito di pubblicare il 20.12.2020

Volume 5 ■ 2020

SOMMARIO

ARTICOLI

DOCUMENTI DI ETICA E BIOETICA

RECENSIONI

theFutureofScienceandEthics

Articoli

Riflessioni su come limitare il "rischio penale" dei sanitari al tempo del Covid-19

Reflections on how to limit the "criminal liability" of healthcare professionals at the time of Covid-19

STEFANO CANESTRARI
stefano.canestrari@unibo.it

AFFILIAZIONE
Università di Bologna,
Comitato Nazionale per la Bioetica

ABSTRACT

La portata dell'epidemia ha messo sotto grande pressione gli esercenti le professioni sanitarie, imponendo loro scelte drammatiche su chi curare, costringendoli a lavorare interamente "off label", secondo moduli organizzativi emergenziali, con scarse risorse a disposizione e, spesso, a rischio della propria incolumità. Questo scenario eccezionale ha dilatato il "rischio penale" dei professionisti sanitari, del quale l'Autore delinea le principali direttive al tempo dell'emergenza pandemica.

ABSTRACT

Due to its proportions, the epidemic has put healthcare professionals under a great deal of pressure, imposing on them dramatic choices on whom should be treated, and forcing them to work entirely "off label", following emergency organizing modules, with scarce resources at their disposal and, often, at their own risk. This exception scenario has boarded the "criminal liability" of healthcare professionals, of which the Author outlines the main directives at the time of the pandemic emergency.

KEYWORDS

Diritto penale
Criminal Law

Covid-19
Covid-19

Responsabilità professionale del medico
Doctor's professional liability

1. COVID-19 E RISCHI PENALI

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

La portata dell'epidemia ha infatti messo sotto grande pressione gli esercenti le professioni sanitarie: ha imposto loro scelte drammatiche su *chi* curare[1], li ha costretti a lavorare interamente "*off label*", secondo moduli organizzativi emergenziali, con scarse risorse a disposizione e, spesso, a rischio della propria incolumità.

Come noto, infatti, l'emergenza ha reso necessaria una complessiva riorganizzazione di numerose strutture, per fare spazio, isolare e curare i pazienti affetti dalla nuova infezione con complicanze polmonari. Farmaci e apparecchi, non disponibili per tutti i malati, sono stati contingentati. Professionisti di ogni specializzazione sono stati chiamati a effettuare turni di lavoro massacranti e a combattere la pandemia "a mani nude"; mentre giovani laureati, specializzandi e pensionati hanno dovuto sopperire alle carenze di personale. Inoltre, per trovare una cura in grado di debellare l'infezione si è proceduto "per tentativi", senza poter fare affidamento su evidenze scientifiche condivise.

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

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

Si è così giunti a sostenere che, quanto a mole di procedimenti giudiziari, il Covid-19 potrebbe costituire il "nuovo amianto" in molte giurisdizioni occidentali, dando luogo ad una rinnovata sovraesposizione giudiziaria dei medici, anche sul piano penale (Allaby 2020).

2. VERSO UN RIPENSAMENTO LEGISLATIVO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEI MEDICI?

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

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

Ciò appare singolare dal momento che, come noto, la colpa professionale è stata oggetto di una corposa riforma soltanto tre anni fa, con la legge n. 24/2017: in fondo, la generale apprensione per una prevedibile ondata di procedimenti penali intentati nei confronti di professionisti sanitari sembra proprio testimoniare, una volta di più, le criticità della disciplina penalistica approntata da quell'intervento normativo, meglio noto come "Gelli-Bianco"[2], che mirava a circoscrivere definitivamente il ruolo del diritto penale in ambito medico in vista di uno storico cambio di paradigma dalla "repressione" alla prevenzione della *malpractice*[3].

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

Si tratta di una norma dalla formulazione ermetica, foriera di così «alti dubbi interpretativi» – si è parlato persino di «drammatica incompatibilità logica»[4] – che a soli nove mesi dalla sua entrata in vigore è stato necessario un chiarimento da parte delle Sezioni unite penali della Cassazione. È così che, nel febbraio 2018, la Corte ha definito i confini di applicabilità della nuova norma, stabilendo che l'esercente la professione sanitaria può essere chiamato a rispondere della morte o delle lesioni del paziente generalmente anche a titolo di colpa lieve; tuttavia, se l'evento si è verificato per un'imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, allora, il sanitario è punibile solo per colpa grave[5].
In sostanza, la colpa grave costituisce il metro di valutazione della condotta del sanitario soltanto se: ha osservato una linea guida accreditata dal Ministero; nell'osservarla ha commesso un errore di natura esecutiva; tale errore è riconducibile all'imperizia – categoria sfuggente che dovrebbe ricomprendere solo le imprecisioni di natura tecnica[6].

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

Nondimeno, lo spettro applicativo della causa di non punibilità dell'art. 590-*sexies* c.p. resta, come evidente, assai circoscritto e la disciplina introdotta dalla legge "Gelli-Bianco" pare tutt'altro che adatta a fronte della portata dell'emergenza sanitaria da Covid-19[7].

Non foss'altro perché l'operatività della riforma è *sempre* condizionata al rispetto di linee guida accreditate, quando, invece, la diffusione di una infezione nuova non può che riverberarsi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate. Da quanto è dato sapere, infatti, la cura del Covid-19 avviene interamente "*off label*", nella speranza che i farmaci provati abbiano un effetto antivirale utile a debellare l'infezione polmonare o a limitare gli effetti di una eccessiva risposta immunitaria. Si tratta, dunque, di uno scenario che

molto difficilmente può essere attinto dalla disciplina introdotta nel 2017.

3. GLI STRUMENTI DEL DIRITTO VIVENTE PER LIMITARE LE RESPONSABILITÀ PENALI

Ad uno sguardo più approfondito, tuttavia, il "diritto vivente" offrirebbe uno strumento più efficace dell'art. 590-*sexies* c.p. per contenere le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie alle prese con la cura del "virus". Si tratta dell'art. 2236 del codice civile, a norma del quale il professionista, qualora si trovi ad affrontare problemi di speciale difficoltà, risponde solo per dolo o *colpa grave*[8].

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

Gradualmente poi, in coincidenza col tramonto del paradigma "paternalistico", l'art. 2236 c.c. è stato abbandonato dai giudici penali. Ne è conseguito lo scivolamento da un regime incentrato sulla colpa grave alla punibilità "a tappeto" di ogni forma di colpa, che è senza dubbio tra le cause all'origine della ancora attuale sovraesposizione giudiziaria dei professionisti sanitari[9].

Va segnalato che, recentemente, un orientamento giurisprudenziale ha provato a rilanciare l'art. 2236 c.c. nei giudizi penali per *medical malpractice*[10].

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

In questa prospettiva, il contesto della pandemia nel quale i sanitari sono stati chiamati a operare avrebbe una doppia valenza: da una parte, rendendo i problemi da affrontare di "speciale difficoltà", giustificherebbe l'utilizzo di un criterio di imputazione più favorevole e selettivo come quello della colpa grave *ex* art. 2236 c.c.; dall'altra parte, potrebbe essere valorizzato, proprio nel giudizio sul grado della colpa, per escludere la rimproverabilità soggettiva degli errori commessi[11]. In sostanza: anche se la condotta del sanitario non è stata impeccabile, non si può comunque fargliene una colpa per via delle condizioni nelle quali ha lavorato. La norma offrirebbe pertanto una protezione anche a tutti i sanitari che, per ragioni organizzative, si sono trovati a operare al di fuori del proprio specifico ambito di competenza o senza averne l'esperienza necessaria.

De iure condito, dunque, l'art. 2236 c.c. potrebbe costituire una soluzione indispensabile per limitare eventuali responsabilità penali collegate alla pandemia, soprattutto nel caso in cui il legislatore finisse per non approvare una normativa *ad hoc*.

4. LA NECESSITÀ DI UNA DISCIPLINA *AD HOC*

Nondimeno, non va tralasciato il valore simbolico che avrebbe l'introduzione dello "scudo" *ad hoc*. Da questo punto di vista, è evidente come una risposta sul piano legislativo avrebbe ben altro impatto sulla potenziale «medicina difensiva dell'emergenza», tranquillizzando gli operatori circa la loro futura "incolumità" giudiziaria. Senza considerare, poi, la diversa efficacia "deterrente" dispiegata dalle due diverse impostazioni in relazione all'apertura di indagini: è chiaro che una nuova normativa avrebbe la capacità di prevenire non solo condanne e processi, comunque improbabili, ma anche la stessa presentazione delle denunce.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica ha preso posizione con riguardo a questo tema cruciale, auspicando un arretramento dello strumento penale e suggerendo di prendere in considerazione l'idea di limitare per via legislativa la responsabilità penale degli operatori sanitari che hanno affrontato la pandemia: «Il CNB segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica e ritiene che vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19»[12].

Pare dunque opportuna l'introduzione, per via legislativa, di una norma che limiti la responsabilità colposa dei sanitari impegnati nell'emergenza soltanto alle ipotesi di colpa grave. Essa avrebbe un duplice effetto: da un lato quello di riservare la sanzione penale solo ai casi di errori davvero macroscopici e "colpevoli", dall'altro di scoraggiare in partenza iniziative giudiziarie "spericolate".Ma quindi come strutturare questo "scudo"?

Per prima cosa, pare di poter rilevare come lo stile compilativo delle proposte sin qui avanzate – in gran parte sotto forma di emendamenti, poi non approvati, al decreto "Cura Italia"[13] – sia particolarmente macchinoso. Da questo punto di vista, gli insuccessi delle riforme "Balduzzi" e "Gelli-Bianco", anche a confronto con la rinascita dell'art. 2236 c.c. – norma caratterizzata da un testo conciso ma efficace – dovrebbero invece aver lasciato maggiore consapevolezza della necessità di testi di legge non troppo articolati.

Un primo punto da mettere a fuoco sembra relativo all'estensione temporale del regime di favore cui si intende dar vita. Non sembra da scartare *a prior*i – anche se questa pare la tendenza – l'ipotesi di una norma che resti in vigore anche una volta cessata l'emergenza: si tratterebbe, in definitiva, di dare finalmente attuazione al disegno complessivo della legge "Gelli-Bianco", per ora naufragato per via di un'*imperizia* compilativa.

L'estensione oggettiva e soggettiva dello statuto di responsabilità differenziato presenta diversi aspetti controversi. Tra le proposte è balenata anche quella di un'esenzione tout court da responsabilità penali, una sorta di "amnistia" generalizzata per tutte le condotte realizzate in relazione al Covid-19. Questa soluzione è stata osteggiata anche dagli stessi medici, principalmente poiché offrirebbe uno "scudo" inscalfibile anche alle figure dirigenziali, esteso fino ai casi in cui una loro colpa organizzativa ha determinato il contagio o la morte degli stessi operatori sanitari.

Insomma, in questa prospettiva, dietro alla retorica "degli eroi" si celerebbe una moratoria di responsabilità "politico-organizzative".

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

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

Alla luce di tutti questi interrogativi, la soluzione che pare più ragionevole è quella di prevedere una generalizzata limitazione della responsabilità penale alla colpa grave, non circoscritta alla sola imperizia ma estesa a negligenza ed imprudenza. Tale disciplina dovrà essere arricchita di una definizione che imponga di tenere conto, nella valutazione del grado della colpa, e quindi della affermazione di responsabilità, dei fattori organizzativo-contestuali (il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, gli *standard* organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio emergenziale, l'eventuale eterogeneità della prestazione rispetto alla specializzazione del singolo operatore, il livello di pressione e/o urgenza, anche in relazione alla diffusione della pandemia nella specifica area geografica)[14].

In conclusione. L'emergenza ha messo a dura prova il Sistema Sanitario Nazionale, imponendo penetranti riorganizzazioni e costringendo i sanitari a fronteggiare una malattia in gran parte sconosciuta con limitate risorse a disposizione. L'ordinamento giuridico, come si è esaminato, offre qualche strumento per contenere il rischio penale degli operatori sanitari che hanno lavorato in prima linea contro il "virus". Tuttavia, sembra opportuna un'estensione per via normativa del criterio della colpa grave a tutti coloro che sono stati coinvolti nell'emergenza, di modo che l'intervento del diritto penale si limiti soltanto a casi di errori

assolutamente macroscopici e che possano davvero dirsi “colpevoli”.

NOTE

1. In argomento, il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”, in www.bioetica.governo.it, 9 aprile 2020 (CNB 2020). La redazione del parere è stata coordinata dai Proff. Stefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d’Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino. Nella dottrina penalistica, sul tema cfr. Caletti (2020).

2. Per osservazioni critiche in merito, si veda il volume interdisciplinare Caletti et al. (2017).

3. Sull’incompatibilità tra i due modelli, Di Giovine (2017).

4. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 (rel. Blaiotta e Montagni).

5. Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474 (rel. Vessichelli). Per un commento, Cupelli (2018) e Caletti e Mattheudakis (2018).

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

7. Tanto che sino ad oggi si registra un solo caso di applicazione da parte del Tribunale di Parma (Mattheudakis 2019).

8. In dottrina, Caputo (2017).

9. Per un approfondimento, Caletti (2019).

10. Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4391 (Rel. Blaiotta).

11. Cfr. Canestrari (2012).

12. Per i riferimenti del documento, v. supra, nota 1.

13. Disegno di legge AS 1766: conversione in legge del decreto 17 marzo 2020, n. 18.

14. In questi termini già Cupelli (2020).

BIBLIOGRAFIA

Allaby, E (2020). Here comes the first wave of coronavirus lawsuits, https://www.wired.co.uk/article/coronavirus-lawsuits

Caletti, G. M. (2019). Il percorso di depenalizzazione dell’errore medico. Tra riforme “incompiute”, aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave, in Penale Diritto e Procedura, https://penaledp.it/covid-19-e-responsabilita-penali-degli-operatori-sanitari-brevi-riflessioni-su-come-limitare-la-punibilita-tra-colpa-professionale-stato-di-necessita-e-cure-palliative/

Caletti, G. M. (2020). Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico. Sistema penale 5, 5-20.

Caletti G. M., Cavicchi I., Scorretti C., Ventre L., Ziviz P. (2017). Responsabilità e linee guida. Il medico di fronte alle novità del recente decreto sulla responsabilità dei sanitari. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative. EPG Edizioni.

Caletti G. M., Mattheudakis, M L. (2018). La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell’imperizia e “antiche” incertezze”. Diritto Penale Contemporaneo 4, 25-46.

Canestrari, S (2012). La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo. *L'Indice Penale* 1, 21-30.

Caputo, M (2017). Colpa penale del medico e sicurezza delle cure, Giappichelli.

Comitato Nazionale per la Bioetica. (2020). Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”. www.bioetica.governo.it, 9 aprile 2020

Cupelli, C (2018). L’anamorfosi dell’art. 590-sexies c.p. L’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ e i problemi irrisolti dell’imperizia medica dopo le Sezioni unite. Rivista italiana di diritto e procedura penale, 61(4), 1969-1995.

Cupelli, C (2020). Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari. Sistema penale, 30 marzo

2020, https://www.sistemapenale.it/it/articolo/emergenza-covid-19-coronavirus-dalla-punizione-degli-irresponsabili-alla-tutela-degli-operatori-sanitari-cupelli

Di Giovine, O (2017). Colpa penale, “Legge Balduzzi” e “Disegno di Legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico. Cassazione penale, 57(1), 386-404.

Mattheudakis, M L (2019). Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell’art. 590-sexies, co.2, c.p. Diritto Penale Contemporaneo, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6612-colpa-medica-e-legge-gelli-bianco-una-prima-applicazione-giurisprudenziale-dell-art-590-sexies-co-2