

## ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE SANITARIA E GESTIONE DELL'EMERGENZA COVID-19: NOTE MINIME PER UN AMPLIAMENTO DELLE FATTISPECIE DI ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE

di Alessandro Roiati  
(Ricercatore di diritto penale  
presso l'Università degli studi di Roma Tor Vergata)

SOMMARIO: 1. L'unicità dell'emergenza COVID-19 ed i limiti intrinseci dell'attuale assetto normativo; 2. L'art. 590-sexies Cp tra contraddizioni logiche e strettoie applicative; 3. Le caratteristiche della gestione della pandemia COVID-19 e l'inattesa occasione di procedere ad una ulteriore riforma legislativa; 4. L'ipotesi dell'introduzione di una normativa speciale funzionalmente legata all'emergenza COVID-19; 5. La prospettiva di un intervento di riforma di più ampio respiro e la necessità di rompere il binomio che lega non punibilità e condotte "osservanti"; 6. Gli argini garantistici da utilizzare in mancanza di interventi di riforma legislativa.

1. L'emergenza determinata dalla pandemica diffusione del Covid-19 pone in luce in maniera particolarmente evidente tutti i limiti dell'attuale normativa volta a circoscrivere la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, con particolare riguardo alla previsione di cui all'art. 590-sexies Cp, ed impone una riflessione capace di operare parallelamente su un duplice livello, sia emergenziale che "ordinario"<sup>1</sup>.

Se è vero infatti che il legislatore ha tentato, a partire dal cosiddetto d.l. Balduzzi per arrivare alla più recente legge Gelli-Bianco, di ridurre l'ambito di responsabilità del sanitario con il precipuo scopo di arginare il fenomeno degenerativo della cosiddetta medicina difensiva<sup>2</sup>, è altrettanto vero che la strada percorsa si è mostrata, sin

---

<sup>1</sup> Sul punto già R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *SP* 20 aprile 2020; G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *SP*, 5/2020, 5 ss.; C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *SP*, 30 marzo 2020; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid-19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. cd. "Cura Italia")*, in *GP*, 14 aprile 2020. M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *LP*, 24 Aprile 2020, affronta invece il tema dell'eventuale estensione della responsabilità da reato alle strutture sanitarie in ipotesi di colpa medica.

<sup>2</sup> Sulla portata e sulle implicazioni penalistiche della *Defensive Medicine* cfr. in particolare lo studio del Centro Studi Federico Stella, *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso, Pisa 2010; R. Bartoli, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *RIML*

dall'inizio, carica di insidie e di contraddizioni, che ne hanno minato l'effettiva capacità di conseguire l'obiettivo indicato<sup>3</sup>.

A fronte di questo incerto e complesso quadro normativo l'emergenza Covid-19, per la sua portata epocale e per la peculiarità delle sue caratteristiche, comporta per gli operatori sanitari l'ulteriore rischio di generare contenzioso giudiziario, in conseguenza dell'elevatissimo numero di decessi verificatesi<sup>4</sup>. La questione, pur stridendo drammaticamente con l'unanime riconoscimento che l'intero Paese tributa agli operatori sanitari, appare tutt'altro che teorica ed è infatti oggetto di vivaci discussioni, non solo tra le associazioni di categoria<sup>5</sup>, ma anche tra gli organi di informazione e nel dibattito parlamentare<sup>6</sup>.

Occorre considerare infatti che il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>7</sup>, unito all'abnorme quantità di eventi lesivi verificatisi a causa della

---

2011, 1107 ss.; L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"* in RIML, 2011, 1085; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa 2014; G. Rotolo, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso*, in DPP, 2012, 1259; A. Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in RIML, 2013, 3 ss. Si consenta inoltre il rinvio a A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano 2012.

<sup>3</sup> Senza pretese di esaustività cfr. G.M. Caletti, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme incompiute aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in DPenCont 4/2019; G.M. Caletti – M.L. Mattheudakis, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 marzo 2017, 31-32; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 37 ss.; C. Cupelli, *L'anamorfose dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione "costituzionalmente conforme" e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in RIDPP, p. 1969 e ss; F. D'Alessandro, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in DPP 2017, 576; O. Di Giovine, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in CP, 2017, 2163; A. Di Landro, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla legge "Gelli-bianco"*, in LP, 17 gennaio 2018; A. Massaro, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in AP, 2017; A. Merli, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in LP, 17 gennaio 2020; L. Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del sanitario*, in LP, 5 giugno 2017, 16.

<sup>4</sup> C. Cupelli, *Emergenza Covid-19, cit.*, rileva, conseguentemente, il rischio di determinare il ricorrere di atteggiamenti improntati ad una sorta di "medicina difensiva dell'emergenza".

<sup>5</sup> Cfr. il documento inviato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici chirurghi e Odontoiatri (Fnomceo) al Consiglio Nazionale Forense in riferimento alla notizia secondo cui, alcuni avvocati e società di consulenza legale, si sarebbero proposti per incentivare azioni civili e penali nei confronti della classe medica ed il conseguente comunicato di ferma censura del CNF. Sul punto anche G. Losappio, *Responsabilità penale del medico*, cit., p.1.

<sup>6</sup> Al riguardo si rinvia alla puntuale disamina svolta da G. Losappio, *op. ult. cit.*, p. 2 ss., che li suddivide in tre diversi gruppi. Inoltre V. *infra* par. 4.

<sup>7</sup> Sul punto D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in SP, 28 aprile 2020, 9, sottolinea che «sarebbe opportuno tenere aperta la discussione sul tema dell'azione penale: non necessariamente sul principio di obbligatorietà, ma sui suoi presupposti e sulla possibilità di controllo. L'obbligatorietà dell'azione penale non è un via libera per iniziative *ad explorandum*».

pandemia ed ai ben noti elementi distorsivi del nostro sistema sanzionatorio e risarcitorio<sup>8</sup>, può portare all'apertura di un numero considerevole di procedimenti, circostanza già in parte verificatasi per quanto, al momento, l'attenzione risulti focalizzata principalmente sui decessi avvenuti nelle RSA<sup>9</sup>.

A ciò si aggiunga come non risulti agevole ricondurre determinate fattispecie al dato normativo esistente; si pensi ad esempio all'impiego di medici afferenti a diverse specializzazioni, al personale sanitario assunto con procedure d'urgenza o rientrato in servizio per far fronte ad impreviste necessità, all'utilizzo di farmaci in via sperimentale e così via.

Per tenere in considerazione queste oggettive specificità, in mancanza di appositi interventi di riforma legislativa, occorre far esclusivo affidamento sulla capacità della giurisprudenza di adottare "interpretazioni adeguatrici" o comunque "non tradizionali" in riferimento al tema della colpa professionale.

In merito si mostra infatti particolarmente problematica la possibilità di ricorrere all'art. 590-*sexies*, comma 2, Cp al fine di escludere la tipicità del fatto o comunque la punibilità del sanitario, soprattutto alla luce della lettura che, di recente, le stesse Sezioni unite hanno ritenuto necessario adottare<sup>10</sup>.

Per quanto concerne poi il più ampio piano dell'art. 43 Cp e della fattispecie colposa, risulta senz'altro auspicabile che la prassi giudiziaria pervenga ad

---

<sup>8</sup> Per tutti già F. Giunta, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 156, il quale sottolinea che «sovente l'instaurazione del processo penale è funzionale non già all'affermazione del diritto penale sostanziale, ma al perseguimento di finalità ulteriori, per cui si possono distinguere diverse forme di strumentalizzazione della giurisdizione penale. La prima consiste nell'utilizzare il processo per ottenere una condanna provvisoria al risarcimento dei danni, da definire in sede civile, con risparmio di tempo e soprattutto di costi. La seconda strumentalizzazione è di segno opposto. Il paziente o i suoi parenti sono mossi da intenti di ritorsione nei confronti del medico, per il suo comportamento deontologicamente scorretto o per la scarsa sensibilità mostrata nei confronti del paziente». Un apprezzabile tentativo di inversione di questo distorto quadro d'insieme è stato opportunamente intrapreso proprio con le disposizioni civilistiche contenute nella legge cd. Gelli-Bianco.

<sup>9</sup> G. Losappio, *Responsabilità penale del medico*, cit., p. 14 ss., sottolinea correttamente come il rischio da scongiurare non è tanto quello di improbabili processi o ancor più remote condanne, quanto quello di indagini prolixe e non mirate, si pensi «al consueto *overflowing* di avvisi di garanzia ex articolo 369 Cpp che rischia di tramutarsi in un *mass-flowing* di informazioni di garanzia». In questa prospettiva, si rileva, la riforma della colpa professionale forse non è necessaria e di sicuro non è sufficiente, in quanto occorre intervenire sul diritto processuale con l'apporto dei rimedi deflattivi anche non correlati alla dimensione sanzionatorio. In questa direzione anche C. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, cit., 11, che sottolinea il rischio di un repentino passaggio da eroi a capri espiatori.

<sup>10</sup> V. *infra* nota n. 24. Al riguardo occorre anche considerare l'introduzione, ad opera dell'art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. Riforma Orlando), di un nuovo comma 1-*bis* all'articolo 618 Cpp, a norma del quale «se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso», che indubbiamente accresce il ruolo guida delle sezioni unite.

un'interpretazione delle categorie dogmatiche capace di adattarsi alle peculiarità sopra evidenziate<sup>11</sup> e di giungere, in tal modo, ad una sostanziale esclusione delle ipotesi di responsabilità per l'esercente la professione sanitaria a fronte dell'emergenza Covid-19<sup>12</sup>.

Non può negarsi però che, per arrivare a ciò, occorrerà prendere definitivamente le distanze dalla tentazione di compiere valutazioni caratterizzate dalla "logica del senno del poi"<sup>13</sup>, ricostruendo la tipicità colposa in termini rigorosi, con particolare riguardo al momento dell'individuazione della regola cautelare ed ai sottesi giudizi di prevedibilità ed evitabilità *ex ante* ed in concreto, nonché riempiendo di contenuto la cosiddetta misura soggettiva della colpa, categoria ancora scarsamente approfondita, soprattutto nella giurisprudenza di merito<sup>14</sup>.

Resta da considerare infine la possibilità di far rientrare le fattispecie caratterizzate da maggiore complessità nell'ambito dell'art. 2236 Cc, fermo restando che, nella prassi, detta norma viene raramente utilizzata per restringere l'area del penalmente rilevante, per quanto sia stata recentemente reinterpretata quale principio di razionalità e regola di esperienza a cui attenersi nel valutare in particolare l'addebito per imperizia<sup>15</sup>.

In considerazione di queste persistenti ambiguità di fondo, amplificate dall'eccezionale portata dell'emergenza pandemica, può risultare opportuno ripensare il complessivo statuto penale del sanitario e prospettare talune possibili direttrici di

---

<sup>11</sup> In questa direzione F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *SP*, 26 aprile 2020, sottolinea come «la nostra magistratura sia chiamata a fare esercizio di quella *prudentia* che sola riesce a tenere in bilico la colpa "senza regole" nel solco della responsabilità senza farla trascinare nello schema del capro espiatorio».

<sup>12</sup> Così R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, *cit.*, p. 12.

<sup>13</sup> G. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *La legislazione penale*, 2 maggio 2017, 5; D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, *cit.*, p. 8, rileva che il problema cruciale è ricondurre l'istituto della colpa al principio di legalità, ad una riconoscibilità *ex ante* e verificabile *ex post* nelle indagini su fatti specifici.

<sup>14</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, R. Blaiotta, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini – R. Orlandi, Bologna 2013, 324 ss.; M. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino 2011, 186 ss.; D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, *cit.*, 200 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino 2012, 230 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 293 ss.; C. Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *RIDPP*, 2015, 347 ss.; L. Riscato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *GI*, 2017, 2201 ss.

<sup>15</sup> In giurisprudenza il principio è stato riscoperto di recente da Cass., Sez. IV, 21 giugno 2017, Buggè, RV 237875 e poi ripreso in seguito ma con interpretazioni oscillanti, V. *infra* par.6. In dottrina sull'argomento in particolare C. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, *cit.*, p.17; A. Massaro, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, *cit.*, 11 ss.

riforma, partendo da una succinta analisi delle ragioni che hanno portato al sostanziale fallimento degli interventi legislativi che si sono succeduti nel tempo.

2. Come noto il primo tentativo di circoscrivere l'ambito di responsabilità del sanitario - ed al contempo ovviare al *deficit* di tassatività che contraddistingue le ipotesi di colpa professionale medica - risale alla cd. legge Balduzzi, la quale aveva posto al centro del suo intervento di riforma la distinzione tra colpa lieve e colpa grave e l'esplicito riferimento alle linee guida ed alle buone pratiche quali privilegiati parametri valutativi<sup>16</sup>.

L'effettivo soddisfacimento di questi obiettivi veniva però messo in dubbio, per un verso dalla peculiare formulazione della norma, volta a ritagliare un'ipotesi di non punibilità nell'ambito di una condotta di per sé osservante il sapere codificato, per l'altro dalla mancanza di un sistema di recepimento delle linee guida e delle buone prassi, che rendeva inevitabilmente incerto il soddisfacimento del requisito del rispetto di raccomandazioni "scientificamente accreditate".

Di qui la necessità di un ulteriore intervento di riforma, puntualmente avvenuto mediante l'approvazione della legge 8 marzo 2017, n. 24, recante disposizioni in tema di "Sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", che ha introdotto, tra l'altro, l'art. 590-sexies Cp, rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario"<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Sul tema in giurisprudenza cfr. in particolare Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, con note di Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in *DPenCont*, 10 giugno 2013; C. F. Grosso, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *CP*, 2014, 1670 ss.; A. Provera, "Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita, in *RIML*, 2013, 1419 ss.; L. Risicato, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *DPP*, 2013, 691 ss.; A. Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *DPenCont*, 2013, 99 ss. In dottrina, per tutti, F. B. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 82-83; L. Risicato, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, cit., 196 ss.

<sup>17</sup> Sul tema cfr. in particolare C. Caletti - M. L. Mattheudakis, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *DPenCont*, 9 marzo 2017, 31-32; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 37 ss.; C. Cupelli, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *DPenCont* 2017; G. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, cit.; G. Gatta, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *DPenCont*, 20 marzo 2017; G. Salcuni, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art 590-sexies c.p.*, in *AP* 2017, 21. Detta fattispecie, al comma uno, si limita a «fare professione di eguaglianza, "rassicurando" sul fatto che i delitti di cui agli artt. 589 e 590 Cp seguono i criteri ordinari di imputazione, salvo quanto disposto dal secondo comma», così M. Caputo, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. Lovo - L. Nocco, *La nuova responsabilità sanitaria*, Milano 2017, 27. Il secondo comma invece, come noto, prevede che «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni

In merito sono stati sin da subito evidenziati, quali significativi elementi di discontinuità rispetto alla pregressa normativa, sia l'esplicita limitazione del perimetro applicativo del nuovo art. 590-*sexies* Cp ai soli casi di imperizia, sia il venir meno della distinzione tra colpa lieve e colpa grave<sup>18</sup>. Lo stesso legislatore inoltre, nel momento in cui ha inteso certificare gli strumenti di codificazione del sapere medico, ha avvertito la necessità di specificare che le raccomandazioni previste dalle linee guida debbano risultare adeguate alle specificità del caso concreto<sup>19</sup>.

L'introduzione di questo giudizio di "adeguatezza" rispetto alla singola fattispecie, da svolgere rigorosamente nella prospettiva *ex ante* ed in concreto<sup>20</sup>, si è reso necessario per ovviare al rischio di pervenire ad un'acritica standardizzazione del percorso di cura, in quanto le linee guida, per le loro intrinseche caratteristiche di astrattezza e di "parzialità" di contenuto, non esauriscono l'orizzonte cautelare che il sanitario è chiamato a fronteggiare<sup>21</sup>.

Anche la nuova disposizione si struttura però sull'ambiguo binomio di una condotta "osservante" ma nonostante ciò colposa, tanto che la stessa Cassazione, sin dal suo primo intervento, ha sottolineato le innegabili difficoltà nel cogliere la *ratio* della novella, rilevando la sua «drammatica incompatibilità logica», là dove si è in colpa per imperizia e al contempo non lo si è per aver rispettato e applicato in modo pertinente e appropriato le *leges artis* codificate<sup>22</sup>.

---

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».

<sup>18</sup> In argomento P. Piras, Imperitia sine culpa non datur. *A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *DPenCont*, 1 marzo 2017, sottolinea come l'art. 590-*sexies* Cp non ponga problemi sul piano del diritto intertemporale poiché, cancellando la distinzione tra colpa lieve e grave in ipotesi di rispetto delle linee guida, fa venir meno quel già esiguo spazio di non punibilità creato dalla legge Balduzzi che, essendo più favorevole, sarà ancora applicabile ai fatti pregressi.

<sup>19</sup> In merito, tra gli altri, C. Brusco, *La colpa penale e civile*, Milano 2017, 242.

<sup>20</sup> M. Caputo, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, cit., 29, sottolinea che il termine "risultino" è di chiara matrice causale, mentre il riferimento all'adeguatezza esprime la logica prognostica propria del giudizio di colpa, da svolgersi rigorosamente *ex ante*. In questa direzione anche le Sezioni unite della Cassazione nella cd. sentenza Mariotti, le quali però finiscono per negare in ogni caso l'operatività dell'articolo 590-*sexies* Cp in ipotesi di errore nella scelta delle linee guida di riferimento.

<sup>21</sup> In merito in particolare C. Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, cit., 322 ss.; A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590-*sexies* cp*, in *LP*, 7 dicembre 2017, 8.

<sup>22</sup> Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, n. 28187, con note, tra gli altri, di G. M. Caletti- M. L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *DPP*, 2017, 1369 ss.; M. Caputo, *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*, in *RIML.*, 2017, 724 ss.; C. Cupelli, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì ma con giudizio*, in *DPenCont*, 6, 2017, 280 ss.; L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *GI*, 2017, 2199 ss.

A fronte dell'oscurità ed apparente illogicità del dato normativo i giudici di legittimità, come noto, hanno dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale particolarmente vistoso - tra la cd. sentenza "Tarabori"<sup>23</sup> e la successiva sentenza "Cavazza"<sup>24</sup> - che ha subito richiesto l'intervento delle Sezioni Unite.

Queste ultime hanno ulteriormente circoscritto l'ambito operativo della fattispecie, rilevando come l'art. 590-sexies Cp configuri una «causa di non punibilità esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile<sup>25</sup>», la quale fa riferimento a fattispecie in cui le linee guida siano state nel loro complesso osservate, pur in presenza di un errore parziale ma decisivo per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 Cp<sup>26</sup>. Si è ritenuto infatti che, in considerazione delle indicazioni provenienti dal disposto normativo, l'errore non potrebbe riguardare la fase di selezione delle linee guida, perché altrimenti queste ultime non potrebbero dirsi correttamente rispettate ed adeguate in riferimento alle specificità del caso concreto.

Ne deriva che, per le Sezioni Unite, l'unico residuo spazio applicativo della fattispecie attiene alla fase di concreta attuazione dell'indicazione proveniente dal

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, n. 28187, *cit.*

<sup>24</sup> Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, Cavazza, n. 50078, in *DpenCont*, 7 novembre 2017, con note, tra gli altri, di C. 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*; P. Piras, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, in *DpenCont*, 5 dicembre 2017.

<sup>25</sup> In dottrina si ritiene tale inquadramento dogmaticamente ammissibile ma tutt'altro che esplicito, in virtù dell'utilizzazione da parte del legislatore dell'indiscriminata locuzione della "non punibilità". In tema F. D'Alessandro, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *DPP*, 2017, 576 sottolinea che «non è chiaro l'inquadramento dogmatico di tale esenzione da pena: pur incidendo sulla colpa essa non sembra presentare i tratti caratteristici di una scusante e pare perciò da ricondurre più propriamente una limitazione del tipo dell'illecito colposo... meno convincente ma pur sempre plausibile sembra invece la qualificazione come causa di non punibilità in senso stretto». Considera preferibile un inquadramento della disposizione in esame come causa di esclusione della tipicità colposa, anziché come causa di esclusione della punibilità, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, *cit.*, p. 363 e ss.; O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "colpa medica e sicurezza delle cure"*, in *RIML*, 2018, 847, ritiene la disposizione di nuovo conio non costituisca una categoria sostanzial-penalistica, bensì una regola processuale indirizzata al giudice da seguire nell'accertamento della tipicità colposa o anche della colpevolezza.

<sup>26</sup> Cass., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, Pres. Canzio, Rel., Vessichelli, con note di R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *DpenCont.*, 5, 2018, 233 ss.; C. Brusco, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *DPP*, 2018, 647 ss.; G. M. Caletti- M. L. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *DpenCont*, 4, 2018, 25 ss.; Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *RIML*, 2018, 345 e ss.; C. Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *DpenCont*, 3, 2018, 246 ss.; P. Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *DpenCont*, 20 aprile 2018.

sapere scientifico codificato, dovendosi altresì considerare come la norma in esame «continui a sottendere la nozione di “colpa lieve”, in linea con quella che l’ha preceduta e con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni»<sup>27</sup>, al punto da rimanere «intrinseca alla formulazione del nuovo precetto»<sup>28</sup>.

A fronte di un quadro normativo ed ermeneutico di questo genere non può negarsi che, per rinvenire un effettivo spazio applicativo al secondo comma dell’art. 590-sexies Cp, l’interprete è tenuto a destreggiarsi tra una serie di requisiti talmente tanto stringenti e contraddittori da risultare quasi inattuabili<sup>29</sup>.

Non a caso, a tutt’oggi, si conta un solo caso di applicazione della fattispecie da parte della giurisprudenza di merito<sup>30</sup>, ad ulteriore conferma di come l’evocata interpretazione costituzionalmente orientata abbia finito con il contenere, fino ad annullare del tutto, il *novum* legislativo<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Per la Cassazione in particolare la mancata evocazione esplicita del concetto di colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluderebbe ad una «ricostruzione della norma che ne tenga conto, sempre che questa sia l’espressione di una *ratio* compatibile con l’esegesi letterale e sistematica del comando espresso». Sulla possibilità di giungere ad un compromesso interpretativo incentrato proprio sulla distinzione tra colpa lieve e non in dottrina cfr. G. M. Caletti – M. L. Mattheudakis, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell’imperizia e “antiche” incertezze*, cit., 41 ss.; C. Cupelli, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione*, cit., 284.

<sup>28</sup> La Cassazione - come noto - ha finito quindi per affermare i seguenti principi di diritto, con il precipuo scopo di orientare ed uniformare la successiva giurisprudenza: «l’esercente la professione sanitaria risponde, 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 dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l’evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella 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 di raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell’atto medico».

<sup>29</sup> P. Piras, *L’accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post-Mariotti*, in *DPenCont*, 18 gennaio 2019, ha affermato con particolare efficacia: «la non punibilità presuppone che le linee guida siano state scelte con perizia e vi sia imperizia lieve in fase esecutiva quindi, come si dice nella pratica: linee guida scelte peritamente, eseguite imperitamente, ma non molto», sottolineando altresì come spazi di non punibilità così ristretti impongano di ampliare le ipotesi di non punibilità ai casi di colpa per inosservanza, se si vuole davvero contrastare il fenomeno della medicina difensiva. Ritiene la reintroduzione del grado della colpa un sostanziale svuotamento di efficacia della disposizione anche A. Merli, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco*, cit., p. 46, la quale si spinge in ultimo a ritenere che “la via d’uscita per mettere da parte le divergenze chiudere un dibattito senza fine, potrebbe essere quella di rinunciare alla causa di impunità rimodulata dalla legge Gelli-Bianco; ossia alla delimitazione normativa dell’area di rilevanza penale della colpa medica».

<sup>30</sup> Trib. Parma, 18 dicembre 2018, n. 1584, Giud. Agostini, con nota di M.L. Mattheudakis, *Colpa medica e legge Gelli-Bianco: una prima applicazione giurisprudenziale dell’art 590-sexies, co.2, c.p.*, in *DPenCont*, 9 aprile 2019.

<sup>31</sup> Così, O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*, cit., 844 e ss.

3. I numerosi paletti interpretativi posti dalle Sezioni unite della Cassazione per individuare l'effettiva sfera di operatività dell'art. 590-*sexies* Cp, a loro volta condizionati dalle ambiguità del dato testuale, si mostrano indubbiamente assai poco idonei a circoscrivere la responsabilità del sanitario, soprattutto in riferimento alle peculiarità caratterizzanti la gestione dell'emergenza nuovo Coronavirus.

A questo proposito è sufficiente pensare, a titolo meramente esemplificativo: alle scarse evidenze scientifiche relative al Covid-19, con particolare riguardo alla sua trasmissione ed alla gestione del rischio di contagio; alla mancanza di farmaci specifici per la sua cura e per il suo trattamento, da cui è derivata altresì la necessità di utilizzare in via sperimentale farmaci *off-label*; alla difficoltà nel ricostruire l'interazione del Covid-19 con patologie diverse ed eventualmente preesistenti; alla mancanza di linee guida e raccomandazioni consolidate e condivise alla cui stregua orientare la condotta di cura; alle carenze di dispositivi di protezione personale; alla urgenza di impiegare anche medici afferenti a diverse specializzazioni; all'assunzione di personale sanitario in deroga alle normali procedure; alla necessità di un "monitoraggio a distanza" dei pazienti con sintomi Covid-19 a fronte dell'impossibilità di procedere all'ospedalizzazione di tutti i contagiati; alle carenze di struttura e di organizzazione, già presenti nella gestione dell'ordinario, ed ancor più manifeste ed inevitabili a fronte di una situazione emergenziale così protratta nel tempo<sup>32</sup>.

Per contro il meccanismo di esenzione da responsabilità introdotto dalla Gelli-Bianco si incentra sull'esistenza di un sapere scientifico codificato e validato a cui uniformarsi che, in relazione alla gestione del rischio da Covid-19, manca quasi del tutto, con la sola eccezione di talune buone pratiche circoscritte a casi di assistenza in terapia intensiva e delle indicazioni - non sempre univoche ed in "costante aggiornamento" - riportate sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida in relazione al *Corona Virus Disease*<sup>33</sup>.

A ciò si aggiunga la necessità di considerare come l'art. 590-*sexies* Cp, nella sua ultima lettura giurisprudenziale, possa operare solo in riferimento al momento esecutivo dell'esecuzione di linee guida o buone pratiche adeguate (secondo «il grado di rischio da gestire e le speciali difficoltà dell'atto medico») e solo in relazione ad ipotesi di imperizia lieve. Non a caso gli esempi addotti in merito attengono per lo più alla casistica degli errori manuali in ambito chirurgico, situazioni del tutto peculiari e

---

<sup>32</sup> Sul tema di recente in particolare R. Bartoli, *Individuale e collettivo nell'individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *RIML*, 2018, 795 e ss.

<sup>33</sup> G. M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, cit., 14.

senz'altro estranee alla costellazione di fattispecie caratterizzante la gestione della pandemia da Covid-19<sup>34</sup>.

Più in generale poi rischiano di non essere adeguatamente considerate, almeno stando a quanto avvenuto nella prassi giudiziaria finora, le situazioni in cui le peculiarità del contesto e le complessità di "sistema" condizionino l'operato del singolo sanitario, dal ricorrere di situazioni di urgenza al tema delle carenze di presidi sanitari, di struttura e di organizzazione<sup>35</sup>.

In considerazione di ciò, se si conviene sulla opportunità di un intervento normativo di riforma della responsabilità dell'operatore sanitario - *rectius* di ampliamento degli ambiti di esclusione della responsabilità del sanitario - che tenga in adeguata considerazione le caratteristiche dell'emergenza pandemica, si aprono due possibili opzioni le quali, a loro volta, possono essere considerate in via cumulativa o alternativa tra loro<sup>36</sup>.

In primo luogo valutare l'eventualità di ricorrere all'adozione di una disciplina *ad hoc* - eventualmente anche mediante l'adozione di una legge speciale o temporanea - derogatoria rispetto ai normali criteri di attribuzione delle responsabilità e circoscritta alle sole fattispecie verificatesi nell'ambito dell'emergenza pandemica da Covid-19.

In secondo luogo, posto che tale emergenza fornisce una cartina di tornasole alla cui stregua rileggere e rimeditare il complessivo statuto caratterizzante la responsabilità dell'operatore sanitario, considerare l'eventualità di un intervento di riforma in grado di proiettarsi al di là delle contingenze del momento, in particolare attraverso il superamento delle stringenti limitazioni derivanti dalla formulazione letterale dell'art. 590-*sexies* Cp.

4. Per quanto concerne l'ipotesi di intervenire con una legge eccezionale, temporanea o comunque speciale, che preveda una clausola di esonero più ampia dell'articolo 590-*sexies* Cp e che risulti funzionalmente circoscritta alle sole fattispecie

---

<sup>34</sup> Di conseguenza, alla luce dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, sono destinate a restare al di fuori dalla sfera operativa della causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies*, comma 2, Cp: 1) le fattispecie colpose diverse dall'omicidio e dalle lesioni personali; 2) i casi non regolati da indicazioni provenienti da linee guida o buone prassi specifiche ed accreditate; 3) le ipotesi di negligenza o imprudenza così come quelle di imperizia non riconducibili ad un atto esecutivo oppure di imperizia grave; 4) le fattispecie di inadeguatezza delle raccomandazioni rispetto alle specificità del caso concreto.

<sup>35</sup> Sull'ampio tema cfr. in particolare A. Merry - A. McCall Smith, *Errors, Medicines and the Law*, Cambridge 2001, t.i. P. Girolami, *L'errore, la medicina e la legge*, Milano 2004, 14, secondo i quali «l'idea che gli eventi sfavorevoli della vita possano essere imputati all'incapacità di certi soggetti nel prevenirli è molto seducente; tuttavia punire l'ultima persona nella catena causale di solito impedisce di riconoscere i problemi sottostanti».

<sup>36</sup> G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, cit.*, 11 e ss., con efficace sintesi distingue tra l'ipotesi di riformulare la responsabilità nell'emergenza e quella di riformulare nell'emergenza la colpa professionale.

verificatesi nell'ambito dell'emergenza pandemica da Covid-19, si tratterebbe di una soluzione del tutto peculiare, ma che non si mostra priva di adeguate giustificazioni<sup>37</sup>.

Se è vero infatti che non risulta proponibile un'immunità sostanziale finalizzata ad escludere ogni ipotesi di responsabilità a carico dei sanitari o dei vertici politici e amministrativi, che tra l'altro darebbe luogo a consistenti profili di incostituzionalità<sup>38</sup>, è altrettanto vero che una limitazione volta a derogare agli ordinari criteri di imputazione può risultare giustificata in virtù delle oggettive peculiarità sopra evidenziate, nonché in considerazione della opportunità di far valere il principio di uguaglianza sostanziale su quello di uguaglianza formale. In questa direzione non può negarsi la necessità di adeguare il dato normativo ad un contesto fattuale ed emergenziale di portata epocale che ha determinato la necessità di fronteggiare un rischio del tutto nuovo che ha richiesto al personale sanitario un impegno ed un sacrificio elevatissimo, anche in termini di vite umane.

A questo proposito, in dottrina, è stata ipotizzata una previsione normativa che eventualmente trascenda anche i limiti delle fattispecie colpose dell'omicidio e delle lesioni e che possa operare in relazione ad «un campo di applicazione funzionalmente connesso alla gestione del rischio Covid-19 e temporalmente limitato al perdurare dell'emergenza sanitaria<sup>39</sup>».

Nello specifico la responsabilità professionale potrebbe essere «limitata alle sole ipotesi di colpa grave intesa quale macroscopica violazione delle regole dei protocolli cautelari, da valutare tenendo conto del peso dei fattori contestuali e della situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico assistenziali non ancora consolidate<sup>40</sup>».

Al riguardo risulta senz'altro condivisibile la scelta di suggerire il ricorso all'adozione del filtro della colpa grave senza vincolarlo a cornici fattuali residuali o a distinzioni ardite tra le categorie della negligenza, imprudenza ed imperizia<sup>41</sup>, indicando altresì specifici indici valutativi da riferire in particolare al contesto emergenziale in cui la condotta si inserisce<sup>42</sup>. Ciò soprattutto al fine di escludere la

<sup>37</sup> G. M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, cit., 17, sottolinea il valore simbolico che avrebbe uno "scudo" *ad hoc* per i professionisti sanitari rispetto ad una silenziosa quanto incerta valorizzazione di un orientamento giurisprudenziale.

<sup>38</sup> G. Losappio, *Responsabilità penale del medico*, cit., 11, definisce gli emendamenti finalizzati all'esclusione di ogni tipo di responsabilità in favore di tutti i soggetti coinvolti, inclusi i vertici politici, «proposte che esibiscono un quasi puerile tentativo di organizzazione della "irresponsabilità" ad ampio spettro».

<sup>39</sup> C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., evidenzia la possibilità che venga contestato il delitto di epidemia colposa in conseguenza dell'assenza di adeguati presidi protettivi.

<sup>40</sup> C. Cupelli, *Emergenza Covid-19*, cit.

<sup>41</sup> O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*, cit., 851.

<sup>42</sup> Una previsione di tal genere varrebbe essenzialmente come "regola di giudizio", volta a vincolare il giudice a

punibilità in riferimento a situazioni caratterizzate da elevata incertezza diagnostica o terapeutica<sup>43</sup>, ad eventuali casi di colpa per assunzione derivanti dalla necessità di colmare oggettive carenze di organico (anche al di là delle personali specializzazioni, esperienze e competenze)<sup>44</sup>, alle fattispecie di esito avverso condizionato da indisponibilità di farmaci o presidi sanitari o dal ricorrere di straordinari ed emergenziali carichi di lavoro<sup>45</sup>.

La previsione di una normativa “speciale”, espressamente legata alle specificità dell'emergenza pandemica determinata dal Covid-19, consentirebbe inoltre di prevedere una causa di non punibilità o di esclusione del tipo del tutto sganciata dal sistema di accreditamento di linee guida e buone prassi che caratterizza invece l'esistente art. 590-sexies Cp e che, per sua natura, non può riferirsi ad una situazione eccezionale e non conosciuta come quella verificatasi.

In tal modo si potrebbe valutare caso per caso l'eventuale peso da attribuire, in un contesto di elevata incertezza scientifica, al rispetto di raccomandazioni, protocolli o buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate.

Si potrebbe infine garantire, sia un'interpretazione della cd. colpa per assunzione che tenga in specifica considerazione le necessità dettate dall'emergenza, sia una particolare attenzione per gli esiti avversi riconducibili all'insufficienza dei mezzi a disposizione, con particolare riguardo alla mancanza di dispositivi di protezione personale, posto che il contesto organizzativo inevitabilmente finisce per comporre la situazione di rischio che il medico è chiamato a fronteggiare<sup>46</sup>.

Non a caso in questa direzione si sono mossi anche taluni emendamenti proposti, e successivamente ritirati, nella fase di conversione del cd. Decreto cura Italia, tra i

---

valutazioni relative alla complessità ed alla esigibilità in concreto della condotta, nonché alla misura del discostamento tra condotta prescritta e condotta tenuta.

<sup>43</sup> In merito, in dottrina, cfr. le proposte di M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 419-420.

<sup>44</sup> Il tema è approfondito soprattutto nella dottrina tedesca, cfr. C. Roxin, *Strafrecht, A.T., Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München 2006, 1076 e ss.; H. H. Jescheck- T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 581. Nella nostra dottrina da ultimo E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra- F. Dassano, Torino 2010, 513 e ss.; F. Giunta, *La legalità della colpa*, cit., 153.

<sup>45</sup> In argomento cfr. R. Bartoli, *Individuale e collettivo nell'individuazione delle responsabilità penali*, cit., 650; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 13 ss.; O. Di Giovine, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco”*, in CP, 2017, 400-401; A. Massaro, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, cit., 49. Si consenta il rinvio a A. Roiati, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in questa Rivista, 2, 2017, 25 ss.

<sup>46</sup> In questa direzione R. Bartoli, *Individuale e collettivo nell'individuazione delle responsabilità penali*, cit.; M. Caputo propone di individualizzare l'*homo eiusdem professionis et condicionis* facendo rientrare nella misura della colpa anche la considerazione delle condizioni e delle caratteristiche della struttura e del contesto in cui il soggetto opera.

quali si segnalano in particolare, per quanto attiene alle proposte di limitazione dei profili penalistici (e non solo) al dolo e alla colpa grave, l'emendamento 1.0.4. primo firmatario sen. Marcucci<sup>47</sup>, l'emendamento 13.2 prima firmataria sen. Bernini<sup>48</sup> e l'emendamento 13.2 a firma sen. Mallegni<sup>49</sup>.

Si tratta di proposte che, se per un verso incontrano significativi limiti in termini di tassatività e precisione, là dove ad esempio si fa riferimento alla palese ed ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, per l'altro presentano l'indiscutibile pregio di esplicitare taluni parametri di valutazione della gravità della colpa che tengono in considerazione le peculiarità caratterizzanti la gestione dell'emergenza Covid-19 e che potrebbero costituire un punto di partenza per la redazione di un articolato normativo maggiormente meditato.

5. L'emergenza Covid-19 può infine risultare feconda per un più generale ripensamento dello statuto penale del sanitario e dell'art. 590-*sexies* Cp, che per la sua peculiare formulazione rischia di rimanere di portata meramente residuale rispetto alle altre disposizioni previste dalla cd. legge "Gelli-Bianco", volte a sostituire il

---

<sup>47</sup> Il primo prevede, nella sua versione definitiva, un articolato normativo recante «disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da Covid-19» che consta di tre commi. Il comma uno dispone per gli esercenti la professione sanitaria una limitazione della responsabilità civile e penale alle sole condotte poste in essere con dolo o colpa grave «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». Il secondo comma contiene altresì una definizione di colpa grave come «quella consistente nella palese ed 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 a livello di esperienze di specializzazione del singolo operatore». Nel comma tre infine, riguardante lo specifico ambito penale, sulla scorta di tale definizione si prevede che «per i fatti indicati nell'articolo 590-*sexies* Cp che si siano verificati durante l'emergenza epidemiologica o che in essa abbiano trovato causa, la punibilità è limitata ai soli casi di colpa grave».

<sup>48</sup> In termini simili l'emendamento Bernini secondo cui «fermo restando quanto previsto dall'articolo 590-*sexies* Cp per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o si verifichino durante il periodo dell'emergenza causata dalla diffusione del Covid-19, la punibilità penale è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave. Nella valutazione della sussistenza della colpa grave si considerano la proporzione tra le risorse e mezzi disponibili e il numero di pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale».

<sup>49</sup> In questa direzione anche l'emendamento Mallegni secondo il quale «per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 l'esercente una professione sanitaria non è punibile per i reati di cui agli articoli 580-590 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, Cp la punibilità è sempre esclusa».

tradizionale paradigma della individuazione del singolo colpevole<sup>50</sup> con il più ampio paradigma della prevenzione e corretta gestione del rischio clinico<sup>51</sup>.

Il riferimento va non solo alla complessa procedura di validazione delle linee guida, ma anche alla progressiva emersione del tema centrale delle responsabilità di struttura, su cui tendono ad essere incentrati i profili risarcitori, ma che in maniera improvvida non sembra assumere particolare rilievo sul fronte penalistico<sup>52</sup>.

Al riguardo la legge 8 marzo 2017, n. 24, ha senz'altro l'indubbio pregio, mediante il sistema di accreditamento degli strumenti di codificazione del sapere, di agevolare il sanitario nell'individuazione della regola di condotta da seguire ma, allo stesso modo, incontra un primo limite intrinseco particolarmente evidente là dove queste manchino o non siano sufficientemente univoche e consolidate e, quindi, proprio nei casi in cui è più difficile reperire la regola cautelare a cui uniformare l'azione terapeutica.

In secondo luogo occorre considerare la già evidenziata contraddittorietà che caratterizza il dettato normativo dell'art. 590-sexies Cp, il quale finisce per ritagliare l'ambito della non punibilità a fronte di condotte osservanti le indicazioni provenienti dal sapere consolidato, là dove invece pare evidente che, se si vuole giungere ad un significativa riduzione della sfera del penalmente rilevante, è necessario far riferimento anche a condotte astrattamente inosservanti<sup>53</sup>, ma ciononostante non meritevoli di sanzione penale, in ossequio ai principi di sussidiarietà e di *extrema ratio* sanzionatoria.

Nel perseguire tale obiettivo un eventuale intervento di riforma potrebbe astrattamente ricorrere al parametro selettivo della colpa grave o non lieve<sup>54</sup>, ad esclusioni della punibilità circoscritte a ben individuate ipotesi di imperizia, oppure ancora introdurre una regola di giudizio capace di esplicitare i parametri valutativi di

---

<sup>50</sup> La persistenza di una cultura della colpa costituisce il primo ostacolo alla creazione di una cultura efficace della sicurezza del paziente, così A. Merry – A. McCall Smith, *L'errore, la medicina e la legge*, cit., 14.

<sup>51</sup> In particolare O. Di Giovine, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco"*, cit., 400 ss.

<sup>52</sup> A tal proposito cfr. l'art. 7, il quale, configurando una responsabilità di tipo extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria e contrattuale per la struttura sanitaria, finisce per convogliare le azioni risarcitorie in primo luogo su quest'ultima, gravandola altresì dell'obbligo di assicurazione di cui all'art. 10.

<sup>53</sup> P. Piras, *L'accertamento della colpa medica*, cit., p. 10.

<sup>54</sup> In questa direzione in particolare C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione "costituzionalmente conforme" e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, cit., 1969 e ss., il quale ha formulato la seguente proposta di riforma dell'art. 590-sexies Cp: «L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali, non risponde penalmente per colpa lieve, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

riferimento, rendendo più stringente l'accertamento dei requisiti della colpa dell'esercente la professione sanitaria.

Si può optare inoltre per l'introduzione di limitazioni vevoli per tutte le ipotesi di colpa professionale oppure riguardanti in via esclusiva l'esercizio dell'attività sanitaria, fermo restando che, in tal caso, occorrerà tenere in adeguata considerazione il rischio di incorrere in profili di incostituzionalità sul fronte della disparità di trattamento.

In questa direzione presenta non pochi vantaggi l'ipotesi di una riforma legislativa capace di incidere in primo luogo sulla parte generale del codice penale, mediante la previsione di una disposizione di ampia portata che trascenda il ristretto l'ambito sanitario, al fine di «agganciare la promessa di non punibilità non già ai soggetti – solo la classe medica – bensì alla dimensione oggettivo-qualitativa della prestazione»<sup>55</sup>.

Nello specifico, secondo attenta dottrina, potrebbe configurarsi una norma del seguente tenore: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà l'agente non è punibile se non in caso di dolo o imperizia grave»<sup>56</sup>.

L'introduzione di un comma siffatto, da inserire dopo la definizione di delitto colposo, consentirebbe di importare in materia penale - ponendo termine ad un'interminabile controversia interpretativa - la limitazione di cui all'art. 2236 Cc, conferendole finalmente stabilità e certezza applicativa.

Al riguardo però si ritiene preferibile passare dal ristretto perimetro dell'«imperizia grave» al più ampio concetto di «colpa grave», per non incorrere nelle limitazioni dettate da una categoria di per sé sfuggente, posto che nella prassi risulta spesso difficile discernere tra le diverse forme di colpa, soprattutto nella fase delle indagini e nel momento in cui si formula l'imputazione<sup>57</sup>.

Il rilievo critico secondo cui il concetto di colpa grave non circoscritto alle ipotesi di imperizia risulterebbe troppo ampio, con il rischio di operare anche al di fuori dei casi di oggettiva difficoltà della prestazione<sup>58</sup>, può considerarsi sufficientemente

---

<sup>55</sup> M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 419; B. Romano, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *DPenCont*, 16 novembre 2018, 13.

<sup>56</sup> M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 419.

<sup>57</sup> In merito anche B. Romano, *op. ult. cit.*, non ritiene opportuno distinguere tra imperizia e non ed ipotizza una disposizione del seguente tenore «ove la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà l'esercente la professione (sanitaria) risponde penalmente solo in caso di colpa grave».

<sup>58</sup> Cfr. in particolare A. Crespi, *La colpa "grave" nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *RIDPP* 1973, 259; nonché, Id., *Medico-chirurgo*, in *DigDiscPen*, Torino 1993, 592, secondo cui può ritenersi giustificata una certa comprensione in sede di giudizio solo là dove la delicatezza e la complessità dell'intervento comportino un aumento dei rischi e delle difficoltà e non in caso di attività scovre da difficoltà di sorta. Come noto detta impostazione in passato aveva ricevuto anche l'avallo della Corte Costituzionale, per poi essere però smentita dalla successiva giurisprudenza di legittimità.

ridimensionato nel momento in cui la non punibilità rimanga comunque condizionata al ricorrere di presupposti rigorosi.

A tal proposito la norma potrebbe essere configurata in questi termini: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà o è caratterizzata da elevata incertezza scientifica l'agente non è punibile se non in caso di dolo o colpa grave».

Una previsione siffatta, espressamente circoscritta alla “speciale difficoltà” e/o “all'elevata incertezza scientifica”, consentirebbe di fugare *ab origine* il pericolo di escludere la punibilità a fronte di condotte causative di eventi lesivi per superficialità o per disattenzione, anziché per l'oggettiva complessità della prestazione richiesta.

Spetterebbe poi al legislatore la scelta di definire o meno il concetto di “colpa grave”, potendo al riguardo contare in particolare sulla proposta definitoria appena resa nota dalla AIPDP<sup>59</sup>, mentre l'eventuale scelta opposta, di rinuncia ad una espressa normazione, potrebbe comunque contare sulle importanti acquisizioni interpretative successive all'emanazione del decreto Balduzzi.

---

<sup>59</sup> Nella fase antecedente la pubblicazione del presente lavoro, sul sito della stessa dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, è stata pubblicata la proposta di articolato relativa ad un “nuovo” art. 590-sexies Cp, rubricato: «Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie» e così strutturato:

1. *Nei casi previsti dagli artt. 589, 590 e 593-bis non è punibile l'esercente una professione sanitaria che ha commesso il fatto nello svolgimento di un'attività sanitaria che comporta la soluzione di problemi di speciale difficoltà, sempre che la colpa non sia grave.*

2. *La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.*

3. *Se la causazione dell'evento è stata determinata da una grave carenza organizzativa, la colpa dell'esercente la professione sanitaria non è grave.*

4. *La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.*

Un commento ad una proposta normativa di tale pregio ed ampiezza meriterebbe ben altro spazio e ben più approfondite riflessioni ma, nei limiti di questo lavoro, si registra anche qui la ricerca di una maggiore ‘depenalizzazione’, da ottenere in particolare attraverso una restrizione dell'area dei comportamenti penalmente rilevanti ai soli casi di colpa grave. La definizione proposta trae proficuo spunto da quella ben nota avanzata dal Centro Studi Federico Stella, secondo cui «la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

Ulteriori elementi qualificanti sono inoltre da rinvenire, in estrema sintesi, nella scelta di restringere la disposizione ai soli esercenti la professione sanitaria, nel sostanziale recepimento dell'enunciato dell'art. 2236 Cc (con la scomparsa dell'aggettivo ‘tecnici’ riferito al sostantivo ‘problemi’), nella mancata distinzione tra ipotesi di negligenza, imprudenza ed imperizia. Risulta poi di particolare interesse, per il suo carattere estremamente innovativo, la previsione relativa all'ipotesi di eventi determinati da grave carenza organizzativa per la quale v. *infra* nota n. 60.

Stabilito ciò in riferimento a tutte le prestazioni caratterizzate da oggettiva complessità ed incertezza scientifica, si può poi considerare la possibilità di valorizzare altresì l'art. 590-sexies Cp, conferendogli una fisionomia confacente più ad una regola di giudizio che ad una fattispecie di carattere sostanziale<sup>60</sup>. Ciò al fine di valorizzare quanto di buono il sistema di codificazione del sapere scientifico e prasseologico garantisce, pur a fronte delle difficoltà riscontrate in riferimento alle procedure di validazione, con particolare riguardo all'esigenza di assicurare al sanitario la possibilità di conoscere in anticipo la condotta da tenere, potendo contare sull'esistenza di un sapere consolidato.

In questa direzione si potrebbe riformulare la norma secondo le due direttrici dell'osservanza e dell'inosservanza, prevedendo che «quando il giudice è chiamato a verificare la colpa dell' esercente la professione sanitaria la punibilità è esclusa in ipotesi di osservanza delle raccomandazioni previste da linee guida (accreditate) e buone prassi clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso concreto e nei casi in cui l'osservanza della regola di condotta risulti in concreto inesigibile a fronte di situazioni di comprovata emergenza o di oggettiva carenza di mezzi o di organizzazione».

In tal modo il giudice, da un lato resterebbe vincolato alla necessità di valutare in primo luogo le indicazioni provenienti dal sapere scientifico codificato, individuando così la regola cautelare alla stregua degli stessi parametri valutativi utilizzati dall' esercente la professione sanitaria, dall'altro, attraverso il giudizio di adeguatezza, sarebbe altresì tenuto a considerare la correttezza di tali raccomandazioni alla luce delle specificità della fattispecie concreta, fugando così il rischio di un'osservanza acritica e di tipo meramente formale<sup>61</sup>.

Quanto ai casi di formale "inosservanza", attraverso la formulazione proposta, troverebbero finalmente ingresso le istanze sottese alla valutazione relativa alla esigibilità in concreto della regola cautelare ed alla cd. colpevolezza colposa, che assai raramente vengono riscontrate nella prassi giudiziaria.

Il riferimento alle carenze di organizzazione potrebbe infine ovviare alla radicata tendenza a polarizzare verso il basso la responsabilità, per un verso in considerazione delle spinte provenienti dalla vittima e dai suoi familiari, che tendono a concentrare l'attenzione sul soggetto con il quale si è avuto il rapporto più diretto, per l'altro dell'interesse degli stessi vertici sanitari a scaricare la responsabilità sul singolo

---

<sup>60</sup> V. O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, cit.*, 854 e ss.

<sup>61</sup> Sul punto in particolare O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, cit.*, 843 e ss.

medico, mantenendo inalterata la struttura gestionale ed il sottostante sistema di potere<sup>62</sup>.

In alternativa possono considerarsi le altre ipotesi prospettate in dottrina per valorizzare il parametro valutativo dell'osservanza delle linee guida, ritenendolo quale indice basilare per pervenire ad un giudizio di lievit  o comunque di non gravit  della colpa<sup>63</sup>, per escludere la cd. "colpevolezza colposa"<sup>64</sup>, o ancora per configurare una presunzione probatoria in *bonam partem*<sup>65</sup>.

Previsioni di tal genere potrebbero operare, sia sul fronte sostanziale quale delimitazione del tipo o della colpevolezza, sia su quello processuale, vincolando i parametri del giudizio e caricando la responsabilit  della mancata prova sul fronte dell'accusa<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Cos  R. Bartoli, *Individuale e collettivo nell'individuazione delle responsabilit  penali*, cit., 793 e ss. Anche su questo tema risulta di particolare interesse, per il suo carattere fortemente innovativo, il progetto di riforma proveniente dall'AIDP in precedenza riportato. Quest'ultimo, al comma 3 e 4, prevede una sorta di equazione normativa, o presunzione assoluta, in favore dell'esercente la professione sanitaria, stabilendo che la colpa della persona fisica non   mai grave se l'evento   stato determinato da fattori causali di natura organizzativa imputabili all'ente nel quale si   svolta l'attivit  sanitaria. La grave carenza – si legge nella Relazione di accompagnamento – "impedisce di punire un soggetto che pure, in ipotesi, versi in colpa grave, se si dimostra che con essa concorre un grave deficit ascrivibile all'organizzazione. Va da s  che l'evento lesivo dovr  risultare una concretizzazione del rischio creato dalla lacuna organizzativa: come per la persona fisica, occorrer  dunque provare che le carenze addebitabili alla struttura abbiano attivato un rischio che si sia rispecchiato nell'evento".

Il comma 4 fornisce poi una definizione del concetto di grave carenza organizzativa che si aggancia alle violazioni del c.d. *clinical risk management* e che si pone in linea con i *compliance programs*, i quali fungono da perno della disciplina della responsabilit  degli enti dipendente da reato ex d.lgs. 231/2001. Nello specifico fa riferimento alla mancata adozione e attuazione di modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, da cui derivi un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure.

<sup>63</sup> R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *DPenCont*, 2018, 233 e ss.

<sup>64</sup> G. De Francesco, in *Tema di dovere terapeutico, colpa medica e recentissime riforme*, cit., p. 7; A. Vallini, *Linee Guida e colpa medica*, cit., 12, sottolinea come le linee guida, e in misura minore le buone pratiche note e consolidate, incidano sul processo di elaborazione della strategia clinica da parte del medico, sia in quanto fonte scritta, sia come sintesi di una medicina fondata sulle migliori evidenze scientifiche, con ci  determinando un affidamento qualificato ed eventualmente scusabile quando mal riposto.

<sup>65</sup> M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 420, antecedentemente alla redazione del recentissimo articolato della AIPDP proponeva l'introduzione di una disposizione del seguente tenore «l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attivit , si attiene alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dall'Istituto superiore di sanit , ai sensi dell'art. 5 della legge 8 Marzo 2017, numero 24, non   punibile se non in caso di dolo o imperizia grave». B. Romano, *La responsabilit  penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, cit., 13, ipotizza che «il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificit  del caso concreto, lasci presumere salvo prova contraria che l'esercente la professione sanitaria non versi in colpa grave».

<sup>66</sup> Cos  M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 419.

Si tratterebbe in ogni caso di limitazioni di responsabilità che, lungi dall'apparire un ingiustificato privilegio o il frutto di un atteggiamento di particolare indulgenza, tengono in adeguata considerazione le peculiarità della scienza medica ed i margini di rischio inevitabilmente sottesi al suo svolgimento, in virtù di fattori di elevata complessità derivanti, per un verso dall'esistenza di attività organizzative sempre più articolate, per l'altro dall'unicità ed irripetibilità di ogni organismo umano, secondo il ben noto insegnamento per il quale si curano singoli malati e non astratte malattie<sup>67</sup>.

6. Restano in ultimo da considerare gli itinerari interpretativi da percorrere in mancanza di appositi interventi legislativi di riforma, i quali, come si è avuto modo di accennare, possono essere essenzialmente individuati nel puntuale riconoscimento delle garanzie sottese alla ricostruzione del tipo colposo, in una più ampia valorizzazione del giudizio di colpevolezza colposa ed in una rinnovata considerazione della funzione che l'art. 2236 Cc può svolgere nello specifico ambito penalistico<sup>68</sup>.

Sul fronte delle tipicità, se è vero quanto affermato dalla Cassazione in riferimento ai casi di corretta applicazione di linee guida appropriate, ovvero che «il professionista ha diritto a veder giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida»<sup>69</sup>, è altrettanto vero che il sanitario ha in ogni caso diritto ad essere giudicato assumendo quale elemento costitutivo del fatto tipico una regola cautelare di carattere “modale”, preesistente, ed individuabile *ex ante* in concreto<sup>70</sup>. Di conseguenza non potrebbe ritenersi configurato il fatto tipico colposo - o comunque dovrebbe escludersi la punibilità - in tutti i casi in cui, al momento dell'agire, la norma precauzionale non fosse predeterminata e/o conoscibile dal sanitario, come in ipotesi di indicazioni terapeutiche basate su evidenze scientifiche incerte o comunque non sufficientemente diffuse e condivise<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (Ovvero perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in AP 2014, 6; più di recente Id, *A proposito delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, cit.*, sottolinea che «in medicina il grado di predittività degli anelli causali è generalmente più basso di quello riscontrabile in altri domini conoscitivi, quand'anche caratterizzati, eventualmente, da maggiore complessità scientifica e tecnologica, per cui una certa quota di eventi avversi è comunque ineliminabile». In questa stessa direzione M. Caputo, *op. ult. cit.*, p. 306.

<sup>68</sup> Al di là delle tematiche strettamente attinenti al piano colposo possono inoltre essere presi in considerazione, sul piano dell'antigiuridicità, gli artt. 51 e 54 Cp. Al riguardo si rinvia in particolare a G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, cit.*, p. 13.

<sup>69</sup> Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, Tarabori, *cit.*

<sup>70</sup> Sulla necessità di una puntuale specificazione della regola cautelare cfr., per tutti, F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, Padova 1994, 236 ss.

<sup>71</sup> Si consenta il rinvio a A. Roiati, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in questa Rivista, 2, 2017, 25 ss.

La regola cautelare rappresenta infatti un elemento costitutivo del fatto di reato per cui «non possono non valere per essa gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato»<sup>72</sup>. Di conseguenza la norma precauzionale deve potersi ritenere rinvenibile “al di là di ogni ragionevole dubbio”, potendosi in tal modo coniugare il piano sostanziale della sufficiente determinatezza con quello processuale dell'accertamento probatorio<sup>73</sup>.

Riaffermato ciò, la chiave interpretativa per attribuire rilevanza all'errore di sistema, alle carenze di struttura e di organizzazione<sup>74</sup>, nonché al ricorrere di situazioni di urgenza e di indifferibilità, può essere utilmente rinvenuta nel giudizio della colpevolezza colposa e nella sottesa valutazione circa l'effettiva esigibilità in concreto - in riferimento al singolo soggetto ed alle specifiche caratteristiche del contesto in cui opera<sup>75</sup> - dell'osservanza della regola cautelare oggettivamente imposta.

Tali istanze infine potrebbero trovare ingresso anche in virtù delle recenti aperture giurisprudenziali circa la possibilità di ricorrere all'ulteriore ombrello protettivo costituito dall'art. 2236 Cc, soprattutto in considerazione della necessità di sopperire in via interpretativa alle stingenti limitazioni e contraddizioni a cui va inevitabilmente incontro l'art. 590-sexies Cp<sup>76</sup>.

A tal proposito è a tutti noto che l'annoso dibattito circa la possibilità di una sua trasposizione in ambito penalistico ha visto in ultimo prevalere l'orientamento

---

<sup>72</sup> Al riguardo P. Piras, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, cit., 6, sottolinea come il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio venga solitamente invocato in tema di causalità, per quanto assurda ormai a regola generale di giudizio ex art. 533 Cpp.

<sup>73</sup> Sui rischi di una degenerazione del principio di legalità e sulla centralità della regola *b.a.r.d.* M. Di Florio, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (art. 590-sexies c.p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *AP*, 2017, 2, p. 3 ss.; sul rapporto tra colpa e scienza, anche sotto il profilo processuale, C. F. Grosso, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, in *RIDPP*, 2016, 146 ss.

<sup>74</sup> A. Merry - A. McCall Smith, *L'errore, la medicina e la legge*, cit., 14, secondo i quali «l'idea che gli eventi sfavorevoli della vita possano essere imputati all'incapacità di certi soggetti nel prevenirli è molto seduttiva; tuttavia punire l'ultima persona nella catena causale di solito impedisce di riconoscere i problemi sottostanti».

<sup>75</sup> Così D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 462-470, che riafferma una «nozione normativa di colpa che può dirsi “bifunzionale”, secondo la distinzione strutturale e sistematica tra un momento oggettivo e soggettivo, che definisce l'illecito colposo come fatto involontario posto in essere mediante violazione di regole precauzionali (un momento al quale, dunque, non sono estranei anche i fattori psicologici), e un giudizio soggettivo-individualizzante di colpevolezza colposa, in cui tutti quei fattori soggettivi e psicologici che definiscono il singolo fatto illecito dovranno essere valutati in rapporto all'autore e alla situazione concreta in cui si è trovato ad agire».

<sup>76</sup> Al riguardo C. Cupelli, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì ma con giudizio*, cit., 285, ritiene che in questa prospettiva il richiamo all'art. 2236 Cc possa aprire la via ad una riconsiderazione delle ragioni di contesto/emergenza quale parametro di misurazione anche oggettiva della colpa.

contrario, così come è noto che detta disposizione finisce per essere utilizzata quasi sempre come mero “argomento ulteriore”<sup>77</sup>, a sostegno delle opzioni ermeneutiche prescelte, anziché per circoscrivere effettivamente l'ambito della responsabilità<sup>78</sup>.

Nonostante ciò, si è affermato di recente, a più riprese, che la norma civilistica può trovare applicazione anche in tema di colpa professionale medica, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come «regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia quando si versi in una situazione emergenziale o il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà»<sup>79</sup>, nonché al fine di «consentire di misurare la colpa sia in senso oggettivo che soggettivo... sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; della 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 impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa»<sup>80</sup>.

A queste considerazioni di ampio respiro e di carattere eminentemente sostanziale sarebbe opportuno infine affiancare anche strumenti capaci di incidere sul diverso, ma non meno rilevante, piano processuale, con particolare riguardo alla possibilità di prevedere circolari o protocolli rigorosi di indagine e meccanismi deflattivi efficaci<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> In questa direzione G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penale in ambito sanitario riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, cit., 15-16.

<sup>78</sup> Basti pensare ad esempio che, nella sentenza Tarabori, tale riferimento è risultato funzionale ad un'apertura alla possibilità di escludere la responsabilità in riferimento ai casi più complessi di imperizia, posto che la portata del nuovo art. 590-sexies Cp era stata ridotta al *quomodo* anziché all'*an* della responsabilità del sanitario. Al contrario, nella sentenza a Sezioni Unite, detto richiamo è stato utilizzato per la finalità opposta, ovvero per circoscrivere la causa di non punibilità in relazione alle sole fattispecie contraddistinte dalla presenza di una condotta gravemente imperita.

<sup>79</sup> Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, n. 16237, cit. A ciò si aggiunga, per quanto non attinente allo specifico ambito sanitario, Cass. Sez. IV, 25 marzo 2016, n. 12478, cd. “sentenza grandi rischi” sul terremoto dell'Aquila, che pure rimanda all'art. 2236 Cp, ritenendolo «valevole per gli altri operatori del rischio (e per i sanitari medesimi, che non applichino il sapere consolidato in linee guida *et similia*) che si trovino a dover compiere attività in condizioni di speciale difficoltà».

<sup>80</sup> Cass., S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit. A tal proposito anche in dottrina si ritiene che l'art. 2236 Cc possa andare a regolamentare in particolare i casi di indisponibilità di attingere ad un sapere scientifico ed esperienziale consolidato, purché venga provata la speciale difficoltà della prestazione e la violazione non grave di regole di perizia. V. M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 311.

<sup>81</sup> G. Losappio, *Responsabilità penale del medico*, cit., p. 15 e ss., suggerisce la possibilità di prevedere che le denunce querele relative ad accuse di omicidio e lesioni colpose connesse con il contagio Covid-19 siano trattate con assoluta priorità, affidando i fascicoli ad un *pool* di pubblici ministeri specializzati e che ai consulenti si chieda di selezionare in tempi più rapidi casi nei quali risulti palesemente assente ogni profilo di responsabilità. L'Autore ipotizza infine la possibilità di prevedere un indennizzo per le vittime di scelte tragiche compiute da

In questa direzione va poi senz'altro accolta con favore la missiva proveniente dalla Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni (SIMLA), indirizzata a tutti i medici legali italiani e volta a garantire un «orientamento etico deontologico in ambito di responsabilità civile medica nel contesto di patologie Covid-19 correlate e sue conseguenze», la quale richiama ed invita «a fornire pareri e supporto peritali (in particolare nel ruolo di consulenti tecnici d'ufficio e di parte) che, pur senza perdere di vista il legittimo interesse del patrocinato, siano massimamente ispirati alla più prudente e cauta valutazione della condotta degli operatori sanitari impegnati in questo difficile momento e siano piuttosto rivolti, con indefettibile riferimento alle condizioni di oggettiva operatività, alla valutazione della complessiva gestione sanitaria del singolo caso».

Tale invito vale, *a fortiori*, in materia penale, soprattutto al fine di evitare l'apertura di procedimenti che riguardino indistintamente tutti gli operatori coinvolti nella gestione di un determinato rischio o di un determinato paziente e ciò, sia attraverso una più mirata selezione dei soggetti da iscrivere nel registro degli indagati, sia attraverso la pronta individuazione delle fattispecie destinate a risolversi con una richiesta di archiviazione.

---

operatori dell'emergenza e rianimatori subordinando l'erogazione del contributo alla rinuncia ad agire anche in sede penale per i reati procedibili a querela.