



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in “Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali”

Di. Gi. - Dipartimento di Giurisprudenza

Diritto penale - IUS/17

UNA LETTURA EVOLUTIVA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA ALLA LUCE DELLA CRISI SANITARIA DA COVID-19

IL DOTTORE
GIANLUCA PERGOLA

IL COORDINATORE
CH.MO PROF. GIUSEPPE DI CHIARA

IL TUTOR
CH.MO PROF. ALESSANDRO SPENA

CICLO XXXV
Anno accademico 2021/2022

UNA LETTURA EVOLUTIVA
DELLA RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA
ALLA LUCE DELLA CRISI SANITARIA DA COVID-19

INDICE

Introduzione5

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA E MEDICINA DIFENSIVA: LA CRISI SANITARIA
GLOBALE E LA SALVAGUARDIA DELL'ALLEANZA TERAPEUTICA TRA MEDICO E
PAZIENTE

1. Scudo penale e lotta alla medicina difensiva 10

 1.2 Medicina difensiva positiva e negativa. Conseguenze economiche e possibili
 soluzioni 13

2. La giurisprudenza in materia di responsabilità medica: l'approdo al decreto Balduzzi e
le sorti della libertà diagnostico terapeutica 15

 2.1 Il superamento del Decreto Balduzzi. La legge Gelli-Bianco.....20

 2.2 Il nuovo scudo penale: la legge Gelli-Bianco.....27

 2.3 L'art. 590-*sexies* nella giurisprudenza di legittimità34

 2.4 Le linee guida. Regole cautelari dell'*ars* medica?40

 2.5 Il confine tra colpa lieve e colpa grave in ambito medico-sanitario.....45

3. Le nuove esigenze della disciplina della responsabilità professionale medica derivanti
dalla diffusione della Covid-1949

 3.1 Gli interventi del legislatore. Considerazioni sugli emendamenti al decreto Cura
 Italia.....55

 3.2 La legge n. 44 del 2021: lo scudo penale medico contro la pandemia. L'attività di
 somministrazione del vaccino e la dubbia utilità dell'art. 3 della legge n. 44 del
 202160

 3.4 L'uso *off label* dei farmaci durante l'emergenza sanitaria68

4. Riflessioni sull'applicabilità analogica dell'art. 590-*sexies*. È davvero necessaria una
nuova riforma?.....73

5. Giustizia riparativa in ambito medico. Una possibile risposta al contenzioso sanitario 79

CAPITOLO II
UNA (RI)LETTURA IN CHIAVE SOGGETTIVA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA
PRINCIPIO DI INESIGIBILITÀ E CAUSE SCUSANTI: DALLA RESPONSABILITÀ
INDIVIDUALE ALL'ATTIVITÀ MEDICA D'ÉQUIPE

1. Il superamento del ristretto ambito di applicazione della causa di non punibilità introdotta con la legge Gelli-Bianco. La natura giuridica dell'art. 590- <i>sexies</i> c.p.	83
1.1 L'art. 590- <i>sexies</i> come causa oggettiva di non punibilità	90
1.2 L'art. 590- <i>sexies</i> come causa di esclusione della colpevolezza o scusante.....	97
2. L'applicazione analogica delle scusanti: norme eccezionali? Spunti a partire da Cass., SS.UU., 16 marzo 2021, n. 10381, sull'art. 384 c.p.....	110
2.2 Risvolti teorici e pratici nel contesto medico	117
3. Il principio di inesigibilità quale corollario del principio di colpevolezza	121
3.1 Il polimorfismo funzionale del principio di inesigibilità: scusante extralegale o principio generale?	128
3.2 Il principio di inesigibilità in ambito medico. L'art. 2236 del c.c. e il contesto emergenziale.....	135
4. La responsabilità medica d' <i>équipe</i> . L'inesigibilità quale confine tra il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale e i principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost.	143
4.1 Le eccezioni al principio di affidamento. Il principio di inesigibilità nell'attività medica d' <i>équipe</i>	149

CAPITOLO III
IL TRIAGE DI EMERGENZA E LA SCELTA TRAGICA.
IL CONFLITTO DI DOVERI NEL CAMPO MEDICO-SANTARIO

1. Il <i>rebus</i> del conflitto di doveri nella dimensione costituzionale del principio di colpevolezza	155
2. Metodi di risoluzione del conflitto di doveri. Utilitarismo e doveri morali.....	163
3. Il conflitto di doveri in ambito medico. La scelta tragica e il <i>triage</i> d'emergenza	169
3.1 I criteri elaborati dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI).....	176
3.2 I criteri elaborati dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)	182
3.3 Tra criteri clinici ed extraclinici nel <i>triage</i> d'emergenza. Una panoramica sui criteri adottati da alcuni istituti europei.....	185

4. Chi vive e chi muore: il parere del Comitato di Bioetica <i>dell'Alma Mater Studiorum</i> di Bologna nel caso di neonati siamesi con cuore unico	191
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	195
BIBLIOGRAFIA.....	199

Introduzione

Dopo un breve periodo di assestamento, che va dalla sentenza delle Sezioni Unite Mariotti, dove la giurisprudenza di legittimità ha individuato i parametri applicativi dell'art. 590-*sexies* c.p., all'avvento della pandemia da *Covid-19*, il dibattito sulla responsabilità medica è tornato di grande attualità e rilevanza. Ed invero, il settore giuridico della responsabilità medica, pur avendo trovato una compiuta disciplina normativa, è tutt'oggi permeato da una pluralità di aspetti enigmatici e irrisolti che ne alimentano il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il diffondersi del morbo ha riportato sul tavolo del dibattito alcune questioni mai totalmente chiuse, come quella concernente la natura giuridica dello scudo penale, prima introdotto con il c.d. decreto Balduzzi, n. 158 del 13 settembre 2012, e poi con la legge Gelli-Bianco, n. 24 dell'8 marzo 2017¹; si pensi anche alla tematica del conflitto di doveri in ambito medico sanitario, dove si è parlato di "scelta tragica" del medico, rispetto alla scelta del paziente considerato più meritevole, secondo criteri clinici, ma anche extraclinici, come l'età, accedere prioritariamente nella struttura sanitaria, al fine di usufruire dei trattamenti diagnostico-terapeutici necessari. Tale problematica è stata particolarmente discussa soprattutto nella fase iniziale della pandemia, nel mese di marzo 2020, quando il dibattito sull'individuazione dei criteri per il *triage* d'emergenza vide contrapporsi da un lato il Comitato Nazionale per la

¹ I termini del dibattito verranno approfonditi successivamente. In tale sede è sufficiente rammentare come un orientamento ad oggi tendenzialmente maggioritario in dottrina e giurisprudenza riconduce l'art. 590-*sexies* c.p. nell'alveo delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto; un altro orientamento, invece, che fa perno sul principio di colpevolezza, ritiene che l'art. 590-*sexies* c.p. possa essere ricondotto nell'alveo delle cause di esclusione della colpevolezza.

Bioetica (C.N.B.)² e, dall'altro, la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (S.I.A.A.R.T.I.)³, soprattutto con riferimento al criterio extraclinico dell'età.

Alla luce anche del contesto emergenziale trascorso, oggi, appare necessario interrogarsi nuovamente sulle categorie generali della responsabilità medica, ma in uno scenario del tutto diverso da quello precedente. Tale indagine va naturalmente compiuta alla luce della dimensione costituzionale ormai pacificamente acquisita dal principio di colpevolezza, che abbraccia e travolge tutto l'ordinamento penalistico. Per l'appunto, tale principio trova il suo fondamento nell'art. 27 della Carta costituzionale, ai sensi del quale *“La responsabilità penale è personale”*⁴.

A questo principio non farebbe eccezione l'ambito della responsabilità medica.

La libertà terapeutica del professionista sanitario verrebbe notevolmente limitata, infatti, se fosse chiamato a rispondere penalmente di condotte che, sebbene pregiudizievoli per il paziente, non gli fossero imputabili secondo un criterio di rimproverabilità soggettiva. È l'art. 4 del Codice di Deontologia Medica che sancisce tale libertà, stabilendo che *“L'esercizio professionale del medico è fondato su principi di libertà, indipendenza, autonomia, e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura”*⁵.

² Per la consultazione dei criteri elaborati dal CNB: <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/>.

³ Per la consultazione dei criteri elaborati dalla SIAARTI: <https://snlg.iss.it/?p=2706>.

⁴ Ai sensi dell'art. 27 della Costituzione *“La responsabilità penale è personale.*

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte”.

⁵ Il Codice di deontologia medica è reperibile in: <https://www.omceo.bg.it/ordine/deontologia-e-normativa/il-codice-deontologico.html>.

Da qui l'esigenza che la legislazione penale, valorizzando il principio di colpevolezza anche in ambito medico (tenendo conto, ad esempio, del contesto emergenziale, della scarsità di risorse umane ed economiche, della stanchezza dovuta a turni di lavoro talvolta eccedenti le dodici ore, dell'incertezza scientifica su talune patologie), valorizzi e protegga quella libertà terapeutica che, altrimenti, verrebbe vulnerata da una criminalizzazione eccessiva delle condotte del personale sanitario, pur senza trascurare esigenze di giustizia e risarcimento in caso di colpevoli errori e negligenze.

La valorizzazione di tale principio, nell'ambito della responsabilità medica, come si vedrà nel proseguo della trattazione, seguirà delle tappe fondamentali.

In primo luogo, si darà conto di una lettura diversa e alternativa dell'art. 590-*sexies*. Quest'ultima norma, introdotta con la legge n. 24 del 2017, meglio nota come legge Gelli-Bianco, è stata formulata con l'obiettivo di superare le criticità del previgente decreto Balduzzi e di fornire un'adeguata disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie, di modo da ridurre il fenomeno della c.d. medicina difensiva.

Se da un lato le letture tradizionali riconducono l'art. 590-*sexies* nell'alveo delle cause di non punibilità oggettive, dall'altro, l'avvento della crisi emergenziale dovuta al contesto pandemico ha riaperto il dibattito sulla responsabilità medica e sulla natura giuridica dell'art. 590-*sexies*. Difatti, una interpretazione in termini scusanti dell'art. 590-*sexies* inciderebbe, concretamente, sui confini applicativi della stessa norma, valorizzando anche l'ultimo insegnamento della giurisprudenza di legittimità con riferimento all'estensione analogica dell'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*. Appiglio, quest'ultimo, che, se da un lato avallerebbe l'applicazione analogica delle cause scusanti, dall'altro, invece, riporterebbe al centro del dibattito il principio di inesigibilità, quale corollario del principio di colpevolezza.

La lettura in termini scusanti dell'art. 590-*sexies*, troverebbe un solido aggancio nell'attività di riordino e pubblicazione delle linee guida, che ha contribuito a disegnare dei percorsi terapeutici standardizzati, secondo le migliori tecniche e strategie cliniche, diagnostiche, terapeutiche e palliative, tenuto conto della migliore scienza e letteratura

medica. La valutazione della condotta medica alla luce delle linee guida, come disposto dall'art. 590-*sexies*, garantirebbe una maggiore libertà all'*ars* medica, ma anche un giudizio di responsabilità penale ancorato a parametri più certi e definiti. Sorge, così, un'esigenza di graduazione della rimproverabilità soggettiva, a seconda che il medico si sia attenuto o meno alle linee guida appropriate alle specificità del caso concreto, tenuto conto della letteratura medica a disposizione o dell'incertezza scientifica che riguarda il caso concreto.

Un rilievo specifico assume, in questo ambito, il principio di inesigibilità, in base al quale, in taluni contesti, non sarebbe esigibile il rispetto della norma da parte del soggetto agente, posto che quest'ultimo si è trovato in una condizione tale da non potersi pretendere umanamente una condotta diversa da quella concretamente tenuta. Come già accennato, in un recente arresto giurisprudenziale in materia di necessità giudiziaria *ex* art. 384 c.p., la Corte di Cassazione ha impiegato la categoria dell'inesigibilità quale fondamento delle cause scusanti tipizzate dal legislatore, all'interno della più generale dimensione del principio di colpevolezza⁶. Ebbene, l'applicazione di tale criterio potrebbe assumere rilievo anche in ambito medico, laddove reso appropriato, ad esempio, dal ricorrere di una situazione emergenziale.

L'inesigibilità, d'altronde, intesa quale impossibilità del reo di adeguarsi al precetto, va tenuta distinta dalla semplice difficoltà ed onerosità del comportamento conforme all'obbligo sancito dalla norma. Il principio di inesigibilità non troverebbe spazio per il sol fatto che una prestazione medica possa essere qualificata come difficile o complessa, ma solo allorché essa – non importa se semplice o complessa – sia stata svolta in un contesto che rendeva impossibile al singolo sanitario non commettere alcun errore.

⁶ Lettura interpretativa svolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 10381/2020. Qui la Suprema Corte ha statuito l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, c.p. anche al convivente *more uxorio*, categoria soggettiva non contemplata nel testo della norma.

Non solo, la diffusione del morbo e il contesto emergenziale sono stati lo scenario di episodi drammatici nei *triage* delle strutture ospedaliere. La pandemia, infatti, ha messo in luce il difficile compito che i medici sono stati chiamati a svolgere, trovandosi di fronte a scelte difficili e tragiche, come, ad esempio, dover decidere quali pazienti curare per primi o quali trattamenti terapeutici somministrare in caso di assenza di risorse. Anche in questo contesto, nel terzo capitolo di questa trattazione, ci si è interrogati sui confini della punibilità delle condotte del personale sanitario che, in certe situazioni, è stato costretto a operare delle scelte difficili, in contesti drammatici, “preferendo” curare un soggetto piuttosto che un altro.

Ciò premesso, nel percorso che seguirà, si tenterà di ricostruire la disciplina della responsabilità medica alla luce del principio di colpevolezza, dei suoi corollari e delle nuove difficoltà dovute alla diffusione della *Covid-19* che, inevitabilmente, ha rotto gli schemi ordinari, imponendo delle riflessioni giuridiche e sociali sulle situazioni straordinarie ed emergenziali. Tutto ciò nella consapevolezza della complessità, dell'imprevedibilità e della estrema delicatezza del settore medico.

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ PENALE MEDICA E MEDICINA DIFENSIVA: LA CRISI SANITARIA GLOBALE E LA SALVAGUARDIA DELL'ALLEANZA TERAPEUTICA TRA MEDICO E PAZIENTE

1. Scudo penale e lotta alla medicina difensiva

Gli interventi del legislatore in ambito medico-sanitario muovono dalla fondamentale esigenza di dare maggiore libertà e serenità di azione al singolo professionista e, al tempo stesso, garantire il cittadino, con forme di tutela penali e civili, dai fenomeni di *medical malpractice*.

Tuttavia, non sempre legislatore e giurisprudenza sono stati attenti alle esigenze di tutti gli esercenti le professioni sanitarie.

Anzi, in tempi meno recenti, orientamenti giurisprudenziali molto rigidi e l'assenza di uno scudo penale in grado di paralizzare azioni giudiziarie temerarie, hanno contribuito al consolidarsi del fenomeno della medicina difensiva.

La medicina difensiva consiste in un atteggiamento cautelativo della classe medica, secondo cui, nell'esercizio della professione, il medico non tiene conto solamente della migliore strategia diagnostico-terapeutica per il paziente, ma anche delle condotte che meglio potrebbero proteggerlo da eventuali azioni giudiziarie⁷.

Tali atteggiamenti si concretizzano in prescrizioni diagnostiche, terapeutiche, palliative e farmacologiche non strettamente necessarie per il paziente, ma utili per evitare errori o sviste che potrebbero far incorrere il medico in responsabilità penale.

Tale forma di contegno è ben conosciuta dalla dottrina amministrativistica, laddove si parla di rischio di *overdeterrence*. Ed infatti, l'atteggiamento di chi si sottrae ai

⁷ A. BUZZONI, *Responsabilità medica e sanitaria: la riforma Gelli*, 3^a ed., Fag, Milano, 2017, p. 43.

propri doveri ovvero di chi pone in essere delle condotte volte soltanto a paralizzare eventuali azioni giudiziarie è tipico di una problematica spesso riscontrata nel pubblico impiego.

Del resto, i principi e le esigenze sottese alla disciplina della responsabilità dei funzionari pubblici risultano essere comuni e applicabili anche nel contesto medico: 1) garantire ai privati l'accesso a strumenti di tutela giudiziaria e risarcitoria in caso di danno subito; 2) scoraggiare comportamenti illeciti da parte dei pubblici dipendenti; 3) evitare il rischio di *overdeterrence*, e cioè il timore per il pubblico dipendente di incorrere in sanzioni giuridiche, al fine di evitare che questo tenga atteggiamenti quali, ad esempio, procrastinare le decisioni, scegliere tra più soluzioni possibili non quella migliore per l'interesse pubblico bensì quella che meno lo esporrebbe a conseguenze giudiziarie⁸.

In ambito medico si è passati, gradualmente, da un modello paternalistico di assoluta riverenza della figura del medico e delle sue conoscenze medico-scientifiche, a forme di vera e propria diffidenza, sfociate in una sovraesposizione giudiziaria della classe medica. Si è passati dalla figura del "paziente" (dal latino "*patis*") come colui che sopporta, a quella del soggetto "esigente", inteso come soggetto contraente della prestazione sanitaria, destinatario di obblighi di protezione e di miglioramento della propria sfera clinica⁹.

Una serie di fattori che hanno inciso fortemente sul mutamento della colpa medica e, di conseguenza, sul fenomeno della medicina difensiva sono: 1) gli enormi progressi della medicina accompagnati da processi di specializzazione dell'attività medica; 2) l'aumento esponenziale delle prestazioni sanitarie, domiciliari, ambulatoriali, ospedaliere e un'utenza sempre più vasta; 3) un controllo più incisivo della magistratura soprattutto con riferimento ai casi di *medical malpractice*¹⁰.

⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4^a ed., il Mulino, Bologna, 2019, p. 288.

⁹ G. M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2019, p. 3.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Colpa medica e sue mutazioni*, in *Giur. pen.*, 2013, p. 2 ss.

Nondimeno, le radici storiche della medicina difensiva, in realtà, sono molto profonde, e risalgono al IV secolo a.C. in un episodio riportato da Quinto Curzio Rufo, storico romano dell'età imperiale, nella sua opera principale "*Historiae Alexandri Magni*":

*"Critobulus, inter medico artis eximiae, sed in tanto periculo territus, admovere metuebat manus, ne in ipsius caput parum prosperae curationis recidere eventus"*¹¹.

L'evento riportato da Quinto Curzio Rufo racconta di Alessandro Magno ferito in battaglia che, tuttavia, non riusciva a trovare un medico disponibile per estrarre la freccia dal suo corpo. Così, Alessandro Magno, conscio del pericolo che stava correndo e delle ragioni che portavano i medici del tempo a non intervenire, promise l'impunità a Critobulo, uno dei medici più stimati del tempo.

Fu così che Critobulo lo operò e Alessandro Magno sopravvisse alla ferita¹².

L'attualità di questo racconto si pone perfettamente in linea con quell'atteggiamento che oggi viene chiamato medicina difensiva. Viene meno, quindi, l'ottica totalmente ed esclusivamente altruistica dell'operato del medico, venendo in rilievo esigenze diverse che potrebbero addirittura compromettere l'esito del processo di cura del paziente.

Da questo punto di vista, la medicina difensiva si pone quale limite alla piena realizzazione dell'art. 32 della Costituzione, secondo cui "*La repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*".

¹¹ "*Critobulo, medico che eccelle nella sua arte, ma terrorizzato in una situazione di tal pericolo, temeva che un esito infausto dell'intervento potesse pesare sulla sua testa*".

¹² G. GUERRA, *La "medicina difensiva": fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Salute e diritto*, 14/2013, p. 221.

1.2 Medicina difensiva positiva e negativa. Conseguenze economiche e possibili soluzioni

La medicina difensiva, cioè la pratica con cui il medico protegge sé stesso da azioni giudiziarie, prescrivendo esami, procedure o visite non necessarie, o evitando pazienti a rischio, riducendo l'esposizione al contenzioso legale, può avere diverse declinazioni.

La medicina difensiva, in particolare, può essere positiva (*assurance behaviors*) o negativa (*avoidance behaviors*).

La medicina difensiva positiva ha ad oggetto comportamenti e condotte a carattere cautelativo o preventivo, che si concretizzano in prescrizioni farmacologiche o diagnostiche non necessarie.

La medicina difensiva negativa, invece, si sostanzia nell'astensione dalle cure, evitando pazienti a rischio o procedure particolarmente complesse, riducendo la possibilità che si verifichino fenomeni avversi che potrebbero esporre il medico ad azioni giudiziarie e al contenzioso¹³.

Questi comportamenti sono, ad oggi, molto diffusi tra gli operatori sanitari. Spesso si risolvono in pratiche, non solo inutili dal punto di vista diagnostico-terapeutico ma anche costose, sia per il paziente che per lo stato. Altre volte, invece, risultano essere dannose laddove l'esame diagnostico è particolarmente invasivo per l'integrità psico-fisica del paziente.

Dai dati raccolti e pubblicati dal Ministero della Salute nel 2015 si può evincere la capillarità del fenomeno con tutte le sue conseguenze negative, soprattutto in termini economici¹⁴.

¹³ F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2014, p. 3 ss.

¹⁴ https://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&p=dalministero&id=199

Così, il legislatore ha da sempre tentato di limitare la medicina difensiva, mediante interventi legislativi che incidevano su tre aspetti fondamentali: a) drastica ritirata del diritto penale dal campo medico, privilegiando sanzioni extrapenali e procedimenti di risoluzione delle controversie stragiudiziali; b) incentrare il giudizio di responsabilità su fattispecie incriminatrici che tengano conto del giudizio di adeguatezza della condotta medica alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali; 3) riparametrare i confini della colpa medica alla colpa grave, garantendo delle finestre di impunità in caso di colpa lieve¹⁵.

2. La giurisprudenza in materia di responsabilità medica: l'approdo al decreto Balduzzi e le sorti della libertà diagnostico terapeutica

Il codice penale, prima dell'adozione del decreto n. 158 del 13 settembre 2012, c.d. decreto Balduzzi e, successivamente, della legge n. 24 dell'8 marzo 2017, c.d. legge Gelli-Bianco, non contemplava una disciplina specifica della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

È opportuno precisare, infatti, che la disciplina della colpa medica è stata per lungo tempo oggetto di orientamenti giurisprudenziali mutevoli e magmatici.

L'orientamento giurisprudenziale più antico, risalente ai primi anni '70, era connotato da aspetti di – forse eccessiva – benevolenza. Questo atteggiamento di benevolenza era mosso da un obiettivo specifico, cioè quello di ricercare un limite alla colpa del sanitario, sulla base di due ordini di fattori.

Da un lato, si voleva garantire e proteggere la libertà diagnostico terapeutica della classe medica, altrimenti sacrificata e vanamente limitata da una disciplina penalistica (e anche civilistica) eccessivamente rigorosa. Dall'altro, invece, la giurisprudenza prendeva atto delle peculiarità della scienza medica, che non sempre risponde ad un

¹⁵ F. MANTOVANI, *Colpa medica e sue mutazioni*, p. 4.

male con una stessa strategia terapeutica, anche perché non sempre la stessa terapia ha la medesima efficacia su pazienti diversi.

Ciò sembra confermato dai continui progressi della medicina nel campo della prevenzione, della diagnostica, della terapia, della palliativa e dall'aumento esponenziale delle prestazioni sanitarie, domiciliari, ambulatoriali, ospedaliere, che hanno comportato anche una mutazione prasseologica della colpa penale medica¹⁶.

Invero, nella c.d. “fase aurea della responsabilità medica”¹⁷, il medico poteva essere chiamato a rispondere penalmente della propria condotta solamente nei casi di colpa grave, quindi solamente in caso di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'*ars medica*. “La colpa grave rilevante nell'ambito della professione medica si riscontra nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente”¹⁸.

Tale orientamento giurisprudenziale¹⁹ trovava il suo sostegno normativo nell'articolo 2236 del codice civile, rubricato “Responsabilità del prestatore d'opera”, ai sensi del quale “Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa

¹⁶ F. MANTOVANI, *Colpa medica e sue mutazioni*, p. 3.

¹⁷ A. BUZZONI, *Responsabilità medica*, p. 9.

¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/13656125641.pdf>.

¹⁹ Cass., pen., Sez. IV, n. 447/1967, la quale afferma che “la colpa del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile. Pur tuttavia la esclusione di colpa professionale medica trova un limite nella condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica”. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, pp. 160-161.

grave”. Ed infatti, la norma civilistica la si riteneva applicabile anche nel contesto della responsabilità penale del prestatore d’opera, per un principio generale di comunicazione dei principi e delle regole fondamentali dei diversi ordinamenti, civilistico e penalistico. Del resto, opinando *a contrario*, non si comprenderebbe un eventuale giudizio di responsabilità penale in una fattispecie dove, grazie all’art. 2236 c.c., la responsabilità civile sia invece limitata alla sola colpa grave. La risposta sanzionatoria penale ad un fatto illecito deve essere considerata dall’ordinamento l’*extrema ratio*, sicché sarebbe difficile, rispetto ad una stessa fattispecie, limitare la responsabilità civile alla sola colpa grave e, al tempo stesso, affermare la responsabilità penale del professionista.

Tuttavia, questo orientamento giurisprudenziale così indulgente, che aveva fatto della graduazione della colpa la chiave di volta dello scudo penale medico di matrice giurisprudenziale, risultò essere eccessivamente benevolo. Stando ad esso, venivano esclusi dalla punibilità anche casi di errore dovuti a grave leggerezza o superficialità nell’adempimento dell’attività medica, determinando una situazione di privilegio per la categoria che è persa in contrasto con il principio costituzionale d’uguaglianza²⁰.

In risposta a tale orientamento, la giurisprudenza successiva iniziò a rigettare la consolidata prassi che consentiva di applicare l’articolo 2236 c.c. anche in materia di responsabilità medica, sostenendo l’unitarietà e l’autosufficienza dell’ordinamento penalistico. Venne dunque affermandosi l’argomento secondo cui “in tema di colpa professionale medica l’accertamento va effettuato in base non alle norme civilistiche sull’inadempimento nell’esecuzione del rapporto contrattuale, ma a quelle penali; ciò in quanto la condotta colposa, implicante giudizio di responsabilità penale, incide su beni primari, quali la vita o la salute delle persone, e non già su aspetti patrimoniali-economici”²¹.

Tale orientamento esclude qualsiasi rilievo, in ambito penale, dell’art. 2236 del codice civile, ed impone di valutare la colpa professionale alla stregua degli ordinari

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237 del 2013.

²¹ Cass. pen., Sez. IV, n. 1693 del 1997.

criteri di imputazione soggettiva dell'illecito penale, *ex art.* 43 c.p. La gravità della colpa potrà rilevare solamente ai fini della quantificazione della pena, *ex art.* 133 c.p.

Per il vero, orientamenti giurisprudenziali successivi²² non hanno del tutto abbandonato il criterio di cui all'articolo 2236 c.c., utilizzandolo come regola o massima di esperienza cui il giudice potrebbe attenersi nel valutare l'addebito di imperizia qualora il caso concreto implicasse la soluzione di problemi di particolare difficoltà.

Ebbene, la *vexata quaestio* circa l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. anche in sede penalistica è ancora aperta e oggetto di dibattito, tanto che le S.U. della Cassazione, nel 2017, si sono pronunciate sostenendo ancora l'opportunità di applicare tale norma anche nell'ordinamento penalistico, proprio in materia di responsabilità medica²³. Un intervento del legislatore, di armonizzazione della disciplina della responsabilità medica, si palesava, perciò, tanto necessario quanto doveroso, al fine di riportare a coerenza tutti questi orientamenti giurisprudenziali così sibillini e mutevoli, che avevano sortito come solo effetto quello di frustrare e mortificare la libertà diagnostico-terapeutica del personale sanitario.

In tale contesto, seppur tardivamente, si inserisce l'intervento del legislatore che, mediante l'adozione del decreto-legge n. 158 del 13 settembre 2012 (c.d. decreto Balduzzi), convertito con legge di conversione n. 189 dell'8 novembre dello stesso anno, ha introdotto una serie di strumenti nuovi che l'operatore del diritto può utilizzare al fine di valutare l'addebito di responsabilità nei confronti dell'esercente una professione sanitaria.

Diminuire il contenzioso medico e limitare il fenomeno della medicina difensiva erano gli obiettivi del decreto, che ha previsto per la prima volta uno scudo penale, volto sempre a garantire le pretese di giustizia del cittadino, da un alto, e la libertà professionale di quanti esercitano l'*ars medica*, dall'altro.

²² Cass. pen., Sez. IV, n. 39592/2007 e n. 16328/2011.

²³ Cass. pen., Sez. IV, n. 8770/2017.

Preliminarmente, sembra opportuno rilevare che, in sede di lavori preparatori, la prima versione dell'art. 3 del decreto Balduzzi menzionava espressamente l'art. 2236 c.c., in quanto prevedeva che “Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale”²⁴.

Tuttavia, la seconda, nonché definitiva versione dell'art. 3 del decreto è ben diversa: “L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Con tale norma sono stati introdotti due requisiti peculiari ai fini della non punibilità dell'illecito colposo commesso dal medico.

In primo luogo, si richiede il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Senonché, almeno nel 2012, il riferimento alle linee guida e alle buone pratiche peccava di indeterminatezza e genericità. Ed invero, non sembrava chiara la natura delle linee guida, se vincolante o meno, ed inoltre non era chiara neanche la relazione tra linee guida e buone pratiche circa il loro eventuale rapporto declinabile in termini di sussidiarietà²⁵.

Non solo, mancava in realtà anche una raccolta ufficiale, approvata dal Ministero della Salute, delle linee guida e delle buone pratiche a cui i medici potessero fare riferimento nell'esercizio dell'attività professionale. Di conseguenza, rimaneva un

²⁴ A. FIORI, D. MARCHETTI, *L'art. 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, p. 563.

²⁵ A. VALLINI, *L'art. 3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, p. 741 ss.

ampio margine di discrezionalità al medico nella scelta delle linee guida appropriate al caso concreto.

Il secondo elemento di novità risiede nella graduazione della colpa. Ed invero, uno dei pochi elementi di pregio dell'intervento legislativo è stato quello di limitare la responsabilità del professionista ai soli casi di colpa grave. Tuttavia, anche in questo caso è possibile rilevare un difetto di indeterminatezza laddove il nostro ordinamento non abbia mai elaborato, in termini precisi, una nozione di colpa lieve e di colpa grave, posto che tale dicotomia, in linea di principio, rilevarebbe solamente ai fini dell'art. 133 c.p. e non anche nel giudizio di addebito di responsabilità penale²⁶.

Cionondimeno, pesanti furono le critiche della dottrina avverso tale riforma, che addirittura conìò l'espressione del "paradosso della *culpa in actione perita*", sottolineando una contraddizione in termini interna alla stessa norma, di colui che verserebbe in colpa nonostante il rispetto delle linee guida²⁷.

2.1 Il superamento del Decreto Balduzzi. La legge Gelli-Bianco.

In una disciplina che si pone in linea con il principio di colpevolezza, il riferimento alla colpa lieve quale elemento necessario per la non punibilità del medico è particolarmente rilevante.

Ed infatti, nell'ottica sanzionatoria penale, il soggetto meritevole di punizione è colui che, secondo i principi e le regole dell'ordinamento, è rimproverabile per il fatto commesso. Il giudizio di rimproverabilità è strettamente correlato all'atteggiamento

²⁶ 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 *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, p. 3.

²⁷ A. PROVERA, "Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita, p. 3. Cfr. anche P. PIRAS, In culpa sine culpa. A proposito dell'art. 3 co. 1 L. 8 Novembre 2012 n. 189, in *Dir. pen. cont.*, 2012, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353763675PIRASculpa.pdf>

soggettivo, e quindi anche al coefficiente di attribuibilità psicologica del fatto al soggetto agente²⁸.

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, la chiave di volta dello scudo penale risiede proprio nella misura soggettiva della colpa, che consente all'operatore giudiziario di valutare il contesto in cui la condotta incriminata si è esaurita, realizzando una indagine circa la reale adesione soggettiva del medico alla lesione commessa nei confronti del paziente. L'individualizzazione, da questo punto di vista, è necessaria per la valutazione dell'elemento psicologico e della colpevolezza²⁹.

Il giudizio di colpevolezza, secondo il decreto Balduzzi, andrebbe eseguito tenuto conto del rispetto delle linee guida e del grado della colpa che avrebbe connotato l'agire del singolo medico³⁰. Tuttavia, emerge qui una prima contraddizione, quella

²⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*. Zanichelli, Bologna, 2019, 8^a ed., p. 122 ss. Cfr. anche F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2020, p. 287 ss.; A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 2 ss.

²⁹ M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. oen.*, 1/2017, p. 24.

³⁰ Sul versante della responsabilità civile, il decreto Balduzzi introduce il riferimento all'art. 2043 c.c. che, in realtà, sembra scardinare l'impianto giurisprudenziale in tema di responsabilità medica civile. Ed infatti, la giurisprudenza civilistica tendeva a ricondurre la responsabilità del medico, secondo un ormai consolidato orientamento di legittimità, al regime giuridico della responsabilità contrattuale.

Tale regime è stato preferito a quello della responsabilità extracontrattuale perché maggiormente favorevole al paziente danneggiato, sia in punto di onere probatorio che in punto di termine prescrizione (più favorevole perché decennale e non quinquennale). Il fondamento del regime giuridico della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. venne individuato nella teoria del contatto sociale qualificato, quale fonte atipica di obbligazioni aventi natura contrattuale. Dal contatto tra medico e paziente, da cui nasce la c.d. "alleanza terapeutica", sorgerebbero degli obblighi di protezione il cui inadempimento determinare la responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente (cfr. Cass. civ. Sez. III, n. 589/1999).

della “*culpa in actione perita*”. Si ipotizza, infatti, una colpa, anche grave, in un comportamento conforme alle migliori linee guida o buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Come se fosse possibile muovere un giudizio di responsabilità colposa anche contro chi abbia agito nel rispetto delle regole cautelari che disciplinano l’esercizio della professione medica³¹.

Tale questione problematica verrà risolta successivamente, grazie anche al contributo interpretativo della giurisprudenza, che sosterrà la natura ibrida delle linee guida e delle buone pratiche, a cavallo tra regole cautelari e regole orientative non vincolanti dell’*ars medica*.

Del resto, gli aspetti più critici del decreto Balduzzi riguardano proprio la colpa e la natura giuridica delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali accreditate dalla comunità scientifica. Tradizionalmente, le linee guida costituiscono un sapere scientifico e tecnologico codificato e metabolizzato, di modo che questo possa essere raccolto e utilizzato al fine di guidare e orientare, in modo più efficiente e appropriato, le decisioni terapeutiche.

Tuttavia, tali regole, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurerebbero, quindi, una ipotesi di colpa specifica; l’attività medica “non è di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari, ma è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato”³². Così la giurisprudenza risolve quel *vulnus*, solamente apparente, della *culpa in actione perita*, posto che la violazione delle linee guida non integrerebbe, tecnicamente, una violazione delle regole cautelari dell’*ars medica*. Ed

L’impianto giuridico della responsabilità medica civile è stato riportato a coerenza con la legge Gelli-Bianco, che ha disciplinato il c.d. “*doppio binario*” della responsabilità medica civile: la responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera e la responsabilità aquiliana del medico.

³¹ P. PIRAS, In culpa sine culpa. *A proposito dell’art. 3 co. 1 L. 8 Novembre 2012 n. 189*, p. 2.

³² Cass. pen., Sez. IV, n. 16237 del 2013.

infatti, nell'esercizio della propria iniziativa terapeutica, il medico dovrà sempre valutare l'adeguatezza delle linee guida o, in loro assenza, delle buone pratiche clinico assistenziali, alle specificità del caso concreto. Grava sul medico, infatti, l'obbligo di discostarsi dalle linee guida quando queste non risultino adeguate al quadro clinico del singolo paziente.

L'oculatezza e la professionalità del medico risiedono, infatti, anche nell'abilità di declinare le linee guida in relazione alle specificità del caso concreto, tenuto conto della irripetibile combinazione di profili anamnestici, anagrafici, patologici, fisici e genetici che presenta il paziente. Compito del medico è valutare tutte le possibili strategie diagnostico-terapeutiche anche alla luce di tali parametri e, di conseguenza, stabilire il livello di rischio appropriato alle condizioni di salute del paziente³³.

Del resto, mentre le linee guida si occupano della malattia, il medico si occupa del malato. Attenersi alle linee guida senza una buona pratica clinica determinerebbe un fenomeno che mortifica la libertà professionale del medico, banalizzandola a fredda relazione terapeutica con il paziente³⁴.

Il medico, infatti, per poter beneficiare dello scudo penale, non deve adeguarsi ciecamente a quanto prescritto dalle linee guida, ma deve tenere conto delle specificità del caso concreto e del quadro clinico complessivo del paziente. Anzi, il medico sarebbe tenuto a discostarsi dall'osservanza delle linee guida qualora queste risultino essere non appropriate, se non addirittura dannose, alla luce del quadro clinico del singolo paziente.

Il profilo di colpa, quindi, emergerebbe anche laddove il medico, pur essendosi attenuto alle linee guida e agli *standard* cautelari consigliati dalla migliore scienza medica, non abbia valutato i profili differenziali del quadro clinico del paziente che,

³³ A. VALLINI, *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, p. 6.

³⁴ P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2012, p. 5.

verosimilmente, avrebbero richiesto un approccio diagnostico-terapeutico diverso e alternativo.

Ciò sembra ulteriormente confermato dalla circostanza che le regole cautelari in oggetto non sarebbero proprie, bensì improprie, in quanto il loro rispetto non impedisce con certezza il verificarsi dell'evento³⁵.

Tuttavia, il decreto Balduzzi non prevede una elencazione ovvero una disciplina di dettaglio che, *a latere*, dia un riferimento preciso e determinato, tanto al medico quanto all'operatore del diritto, per verificare la sussistenza e il rispetto delle linee guida: cosa che invece farà successivamente la legge Gelli-Bianco mediante l'istituzione del Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG).

Con riferimento al grado della colpa, invece, per quanto opportuna la menzione della colpa lieve, tale inciso avrebbe dovuto essere meglio specificato. Non solo la mancanza di una definizione di colpa lieve e di colpa grave ne rende incerto il confine

³⁵ La dicotomia tra regole cautelari proprie e regole cautelari improprie è oggi pacificamente acquisita nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Tale distinzione poggia sull'astratta idoneità della regola cautelare ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso. In altri termini, le regole cautelari proprie si caratterizzano per la loro determinante efficacia salvifica, in quanto la loro osservanza assicurerebbe il mancato verificarsi dell'evento. Le regole cautelari improprie, invece, si limiterebbero a garantire una riduzione del rischio di verificazione di eventi dannosi, in relazione al contesto al quale si riferiscono. In quest'ultima categoria rientrerebbero le linee guida mediche, ma anche le regole che disciplinano la circolazione stradale. Sul punto, V. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie causalmente orientate*, CEDAM, Padova, 2003, p. 15 ss.

La distinzione tra regole cautelari proprie e improprie non deve confondersi con un'altra che, invece, riguarda le regole cautelari rigide ed elastiche. Le prime, prescriverebbero comportamenti cautelari specifici e circostanziati; le seconde, invece, non impongono un comportamento specifico, ma una condotta che deve essere applicata tenuto conto del contesto e delle contingenze del caso concreto. Quest'ultime, possono essere violate in caso di necessità, al fine di salvaguardare il bene protetto ed evitare il verificarsi dell'evento lesivo. C. BRUSCO, *Elemento soggettivo del reato e infortuni sul lavoro, reperibile in* https://www.corteappello.genova.it/Distretto/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=651.

dogmatico, ma altresì una responsabilità colposa che sussista nonostante l'osservanza delle linee guida e buone pratiche in ambito medico parrebbe cozzare con i criteri generali della responsabilità per colpa ormai consolidati nel nostro ordinamento.

Per rintracciare una nozione di colpa grave è necessario tornare indietro nel tempo e ripercorrere i lavori della Commissione Pisapia. Dai lavori della Commissione emerge che la colpa è grave quando “tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili”³⁶.

Secondo un'altra proposta, invece, proveniente dal Centro Studi Federico Stella, “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”³⁷.

Parte della dottrina, con riferimento alla responsabilità medica, afferma che si possa parlare addirittura di una nuova colpa, di un tipo di colpa “ontologicamente meno disdicevole”, in quanto meritevole di pena solamente se elevata di grado³⁸.

Ciononostante, tenuto conto delle varie proposte dottrinali e giurisprudenziali, la nozione di colpa grave rimane una questione ancora aperta, seppur recentemente e ulteriormente specificata dalla giurisprudenza, che ha tentato di elencare degli indici mediante cui poter valutare e distinguere il diverso grado della colpa³⁹.

Sempre con riferimento all'elemento soggettivo e al perimetro della causa di non punibilità delineata dal decreto Balduzzi, pare opportuno rammentare che, essendo le linee guida regole di perizia che orientano l'attività medica, l'art. 3 del decreto

³⁶ A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, p. 837.

³⁷ A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, p. 837.

³⁸ A. VALLINI, *L'art. 3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, p. 743.

³⁹ Cass. SS.UU., n. 8770 del 2017.

Balduzzi potrebbe trovare applicazione solamente nei casi di imperizia lieve. L'art. 3 del decreto non potrebbe essere applicato in caso di errore dovuto a negligenza o imprudenza, sia grave che lieve.

Tuttavia, questa restrizione dell'ambito applicativo della causa di non punibilità venne superato dalla stessa giurisprudenza nell'ultimo periodo di vita del decreto stesso. Così, nella c.d. sentenza "Denegri", cadde la distinzione operata dalla precedente giurisprudenza, che aveva relegato l'ambito di applicazione dell'art. 3 del decreto Balduzzi alle sole fattispecie colpose caratterizzate da imperizia, portando anche l'imprudenza all'interno del perimetro applicativo della causa di non punibilità disciplinata dal decreto⁴⁰.

Vi è di più, in quanto questa forma di scudo penale introdotto con il decreto Balduzzi ha suscitato anche fondati timori di compatibilità costituzionale di un'esclusione della punibilità per colpa lieve che sia limitata al solo settore medico-sanitario. Tali dubbi furono sollevati dal Tribunale di Milano, con l'ordinanza del 21 marzo 2013, dove si lamenta la violazione degli artt. 3 e 33 della Costituzione, sottolineando l'eccessiva ampiezza della non punibilità prevista dal decreto Balduzzi, in quanto applicabile a tutti gli operatori sanitari che si siano attenuti alle linee guida⁴¹.

Nonostante i numerosi aspetti critici sollevati da dottrina e giurisprudenza, il decreto Balduzzi ha avuto il pregio di prevedere una causa di esclusione della

⁴⁰ G. M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, p. 15.

⁴¹ Così nell'ordinanza di remissione: "In definitiva l'art. 3 d.l. 158/12 conv. da l. 189/12 detta una non punibilità dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, non definendo la colpa lieve, non identificando le linee guida, le buone prassi e le autorità che dovrebbero codificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari, tra operatori sanitari e non, che si occupano dei medesimi beni giuridici: una norma *ad professionem* da cui sorgono dubbi sul rispetto dei principi costituzionali ex artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.". Ordinanza successivamente dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte Costituzionale, reperibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1364468182Ordinanza%20giordano.pdf>.

punibilità del medico in caso di colpa lieve, mediante l'individuazione di *standard* cautelari e valutativi più affidabili come le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, riducendo significativamente l'esposizione dei medici al contenzioso penale. Tuttavia, le numerose critiche mosse al decreto Balduzzi evidenziarono tutte le inadeguatezze rispetto al fine perseguito, nonché quello di contrasto al fenomeno della medicina difensiva. Tali critiche spinsero il legislatore a intervenire nuovamente in materia di responsabilità medica, solamente cinque anni dopo con la legge Gelli-Bianco, n. 27 del 2017. Si comprende bene, infatti, come una riforma legislativa a distanza di cinque anni dalla precedente costituisca una confessione implicita rispetto al fallimento del precedente intervento normativo.

2.2 Il nuovo scudo penale: la legge Gelli-Bianco

Che la disciplina introdotta con l'art. 3 del decreto Balduzzi avrebbe avuto carattere transitorio costituiva un dato ormai acquisito da unanime dottrina, poste le numerose lacune e incertezze applicative che gravitavano intorno alla causa di non punibilità delineata dallo stesso decreto: la mancata individuazione delle linee guida e delle buone pratiche; la difficile definizione di un concetto penalmente rilevante di colpa grave; il paradosso della *culpa in actione perita*; i dubbi di legittimità costituzionale di un'esclusione della responsabilità per colpa lieve che operasse solamente nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie, escludendo tutti gli altri professionisti⁴². Tutti elementi che facevano presagire, e sperare, un nuovo intervento legislativo, risolutivo delle numerose criticità relative alla causa di non punibilità disciplinata dal decreto Balduzzi.

Così, effettivamente, dopo poco più di quattro anni dall'adozione del decreto Balduzzi, il legislatore riforma nuovamente la disciplina della responsabilità medica –

⁴² C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, p. 195.

sia sul fronte penalistico, che sul fronte civilistico - con una serie di novità ed alcuni passi indietro.

In tale prospettiva viene emanata la legge n. 24 dell'8 marzo 2017, meglio conosciuta come legge Gelli-Bianco, recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

Per il vero, una nuova riforma della responsabilità medica era stata invocata da quasi tutti gli addetti ai lavori (medici e professionisti sanitari *in primis*), delusi dal precedente, nonché primo compiuto intervento legislativo che il nostro ordinamento ha conosciuto in materia di responsabilità medica, attuato con il decreto Balduzzi.

Come si evince dall'art. 1 della legge Gelli-Bianco, l'intento del legislatore è quello di rafforzare la sicurezza delle cure, considerata come parte costitutiva del diritto alla salute declinato sia in senso individuale che nella sua dimensione collettiva. La sicurezza delle cure si realizza mediante l'insieme delle attività di prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Cionondimeno, se da un lato il legislatore si è ispirato a rafforzare la tutela della salute del paziente e alla corretta erogazione delle prestazioni diagnostico-terapeutiche, dall'altro lato è innegabile che la matrice fondamentale dell'intervento riformatore fu quella di porre un argine al fenomeno – ormai dilagante – della medicina difensiva⁴³, a fronte di un panorama giurisprudenziale divenuto sempre più severo nella perimetrazione della colpa medica punibile.

⁴³ È innegabile che la medicina difensiva abbia determinato danni economici ingenti al sistema sanitario, in termini di costi sostenuti dalle strutture sanitarie e dagli stessi pazienti. Da una indagine svolta dall'Ordine dei Medici di Roma nel 2012, si stima che la spesa sanitaria ricollegabile al fenomeno della medicina difensiva ammonti a circa 13 miliardi di euro l'anno, che corrisponde a circa l'11,8% della spesa sanitaria totale. Tale spesa è diretta conseguenza dell'incremento dei farmaci prescritti, dei ricoveri, delle visite e degli esami prescritti.

Si tratta di una riforma organica e molto ampia, in quanto tocca tutti gli ambiti della responsabilità sanitaria: la responsabilità penale, civile e amministrativa⁴⁴.

Per quanto interessa in questa sede, una delle novità più importanti risiede nell'art. 6 della legge Gelli-Bianco, con riferimento alla nuova disciplina della responsabilità penale del personale sanitario. Tale articolo introduce nel codice penale una nuova fattispecie, l'art. 590-*sexies*, rubricato “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”.

L'art. 590-*sexies* prevede che “*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*”

Quando 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”⁴⁵.

Per una analisi più approfondita si rinvia a R. BARRESI e altri, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, Fondazione ISTUD, XII ed., Stresa, 26 settembre 2011 – 2016, p. 17.

⁴⁴ In realtà vengono disciplinati altri aspetti che riguardano le professioni sanitarie, come la gestione del rischio sanitario, gli obblighi di assicurazione e l'istituzione del Fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria, oltre l'istituzione del Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG).

⁴⁵ È opportuno rammentare che le novità della legge Gelli-Bianco riguardano anche il settore della responsabilità civile, della struttura sanitaria e dell'esercente la professione medica.

La legge istituisce il c.d. “doppio binario” della responsabilità medica civile. La responsabilità della struttura sanitaria segue, infatti, il regime giuridico della responsabilità contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*; la responsabilità del singolo medico, invece, segue il regime giuridico della responsabilità aquiliana o extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.*, con evidenti ripercussioni soprattutto in termini di onere probatorio e termine prescrizione.

L'art. 590-*sexies* c.p., nell'intenzione del legislatore, doveva introdurre il c.d. "scudo penale", al fine di riportare a coerenza il rapporto tra diritto alla salute del paziente e libertà di iniziativa del professionista sanitario, ma anche al fine di scongiurare quell'effetto di *overdeterrence* che, in un'ottica di efficacia ed efficienza dell'amministrazione sanitaria deve essere assolutamente scongiurato.

L'ambito di applicazione della causa di non punibilità delineata dall'art. 590-*sexies*, dal punto di vista oggettivo, è piuttosto circoscritto, in quanto fa riferimento ai soli fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale. Tali articoli disciplinano le fattispecie di omicidio e lesioni colpose che, sotto il profilo assiologico, tutelano beni fondamentali della persona, quali la vita e l'integrità fisica. L'intervento del legislatore con cui si introduce una norma che limita la responsabilità del soggetto che, durante un'attività professionale (come quella medica), cagiona per colpa la morte o le lesioni di un terzo, veicola un messaggio importante, in cui si sostanzia un'opera di delicato bilanciamento di interessi diversi: da un lato il diritto alla salute, e dall'altro lato, l'esigenza di rendere massima l'esplicazione professionale e la libera iniziativa di ogni professionista sanitario.

In tal senso, appare meritoria la scelta del legislatore di prevedere una causa di non punibilità dell'errore medico mediante l'introduzione di un'apposita fattispecie normativa nel codice penale, soprattutto dal punto di vista topografico. Tale aspetto si pone in coerenza con i principi fondamentali di organicità, unitarietà e agevole individuazione delle fattispecie penali incriminatrici che, in via di principio, dovrebbero essere contenute all'interno di un unico *corpus* normativo.

Ed infatti, collocando il regime giuridico della responsabilità del singolo professionista nell'alveo della responsabilità aquiliana, il paziente sarà costretto a dimostrare in giudizio tutti i termini della responsabilità *ex art.* 2043, quali l'elemento soggettivo, il nesso di causalità e il danno.

Tale previsione ha, per il vero, una forte connotazione garantista, posto che alleggerisce la posizione sostanziale e processuale del medico, riducendo la sua esposizione al contenzioso civile o, comunque, rafforzandone la posizione in un eventuale giudizio.

Oltre all'aspetto topografico, meritano di essere segnalate una serie di novità, anche rispetto a quanto previsto dalla disciplina previgente, quella dell'abrogato art. 3 del decreto Balduzzi.

Grande assente del neonato art. 590-*sexies* è il riferimento al grado della colpa. Il riferimento al grado della colpa nel contesto medico ha da sempre guidato la giurisprudenza nella valutazione dell'addebito di responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie. Tuttavia, come emerge dai lavori preparatori alla legge Gelli-Bianco⁴⁶, il legislatore ha deciso di elaborare una causa di non punibilità svincolata, quanto meno dal punto di vista letterale, da questo profilo.

Ed invero, nella sua gestazione parlamentare la legge Gelli-Bianco, da un lato, prevedeva una disciplina analitica dei requisiti formali delle linee guida contenenti raccomandazioni vincolanti; dall'altro, la prima formulazione dell'art. 6 introduceva l'art. 590-*ter* c.p., ai sensi del quale l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, avesse cagionato a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita, rispondeva dei reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, *solo in caso di colpa grave*.

Il legislatore aveva sostanzialmente previsto l'esclusione della punibilità del medico per i soli casi di imperizia lieve, sempreché il medico rispettasse le linee guida pubblicate e definite ai sensi di legge o le buone pratiche clinico-assistenziali⁴⁷.

Tale assenza potrebbe, in apparenza, legittimare una lettura addirittura estrema della causa di non punibilità, avallando una vera e propria immunità penale per il medico imperito, suscettibile di esenzione da responsabilità anche in caso di una condotta

⁴⁶ Cfr. C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, p. 196.

⁴⁷ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4/2017, p. 203.

connotata da colpa grave, purché essa sia avvenuta nel rispetto delle linee guida e delle buone pratiche⁴⁸.

Non solo, l'espresso riferimento all'imperizia medica avrebbe sciolto, almeno *prima facie*, ogni dubbio circa l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, della cui natura giuridica si discuterà nel prosieguo della trattazione. Il decreto Balduzzi, infatti, pur individuando il grado della colpa punibile, non aveva espressamente menzionato a quale ambito della colpa la causa di punibilità potesse essere applicata. Tale apertura giustificò poi un orientamento giurisprudenziale molto esteso, al punto da far rientrare nell'ambito della non punibilità anche gli errori connotati da negligenza e imprudenza.

Oggi, invece, l'art. 590-*sexies* fa espresso riferimento, non al grado della colpa, bensì alla tipologia di colpa coperta dalla causa di non punibilità.

Va altresì sottolineato che la tendenza alla standardizzazione e alla tipizzazione delle regole dell'*ars* medica raggiunge il suo apice proprio con l'art. 590-*sexies*, il quale prevede che la stessa norma possa applicarsi solamente qualora la condotta medica sia conforme alle linee guida ovvero, in loro assenza, alle buone pratiche clinico-assistenziali, purché siano adeguate alle specificità del caso concreto.

Ed infatti, nell'articolato normativo della legge n. 24 del 2017, rivesta una posizione centrale l'art. 5, ai sensi del quale "Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle

⁴⁸ L. A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 7/2018, p. 98.

suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”.

Il pregio di tale previsione normativa, come ha evidenziato parte della dottrina⁴⁹, è stato quello di sottrarre al singolo medico il giudizio scientifico di credibilità, fondatezza e attendibilità delle linee guida, tenuto conto dell'enorme numero di linee guida e del dibattito interno circa la loro fondatezza scientifica. Adesso, tali controlli verranno svolti da appositi enti o organi accreditati e successivamente le linee guida e le buone pratiche verranno pubblicate ai sensi di legge.

Con la legge Gelli-Bianco, anche mediante questa attività di istituzionalizzazione e tipizzazione delle linee guida, è possibile apprezzare la volontà del legislatore di elaborare una fattispecie di esclusione della punibilità che ancora il giudizio di responsabilità medica colposa al principio di colpevolezza, e alla necessaria ricerca di un coefficiente di rimproverabilità soggettiva.

In primo luogo, ciò sembra confermato dalla dubbia natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p. Secondo un orientamento tendenzialmente maggioritario patrocinato anche dalla giurisprudenza di legittimità, la natura giuridica dell'art. 590-*sexies* dovrebbe essere ricondotta nella categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, poiché la scelta della non punibilità sarebbe sorretta da ragioni di opportunità politico-criminale. La norma escluderebbe la punibilità di una condotta che, nella sostanza, rimane pur sempre antigiuridica e colpevole.

Tuttavia, secondo una lettura evolutiva che fa perno sul principio di colpevolezza, l'art. 590-*sexies* c.p., in realtà, sarebbe una causa di esclusione della colpevolezza o scusante, in quanto mancherebbe l'insieme delle condizioni in presenza delle quali è possibile elevare un rimprovero di colpevolezza nei confronti del soggetto agente. È ben possibile pensare ad una condotta del professionista sanitario che, seppur colpevole, non sia concretamente rimproverabile per l'errore commesso, tenuto conto del contesto o delle circostanze in cui la condotta è stata realizzata.

⁴⁹ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, p. 204.

In tal senso si potrebbe dare spazio ad una causa scusante che poggia sul principio di inesigibilità. Principio non perfettamente integrato nel nostro ordinamento penalistico, ma corollario fondamentale del principio di colpevolezza.

In secondo luogo, tale argomentazione troverebbe un'indiretta conferma nel giudizio di conformità delle linee guida al caso concreto, dove troverebbe spazio anche quel giudizio che concerne la misura soggettiva della colpa medica, che deve spingere a considerare tutte le circostanze, oggettive e soggettive, della condotta incriminata.

In conclusione, l'ambito di applicazione che emerge da una prima lettura dell'art. 590-*sexies* risulta essere il seguente. La causa di non punibilità potrà trovare applicazione qualora sussistano tre condizioni: 1) che l'evento si sia realizzato a causa di imperizia⁵⁰; 2) il rispetto delle linee guida come pubblicate e definite ai sensi di legge, ovvero delle buone pratiche clinico-assistenziali, laddove difettino le linee guida; 3) l'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto⁵¹.

Il confine tra lecito e illecito, che con il decreto Balduzzi veniva individuato grazie alla dicotomia colpa lieve-colpa grave, con la legge Gelli-Bianco viene ridisegnato con riferimento all'imperizia, da un lato, e all'imprudenza e alla negligenza, dall'altro.

2.3 L'art. 590-*sexies* nella giurisprudenza di legittimità

Fin dalla sua nascita, l'art. 590-*sexies* c.p. non ha avuto una pacifica applicazione da parte della giurisprudenza. Tale assunto sembra confermato dal contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla Corte di Cassazione già qualche mese dopo l'emanazione della legge Gelli-Bianco, che ha portato ad una pronuncia delle Sezioni

⁵⁰ Parte della dottrina ha evidenziato come il legislatore non sia riuscito a superare l'incongruenza dovuta alla compresenza fra colpa e rispetto delle linee guida. L'art. 590-*sexies* c.p., infatti, troverebbe applicazione in condotte colpose del medico connotate da imperizia, pur sempre nel rispetto delle linee guida o delle buone pratiche adeguate alle specificità del caso concreto. Così in A. BUZZONI, *Responsabilità medica*, p. 53.

⁵¹ A. BUZZONI, *Responsabilità medica*, p. 51 ss.

unite della Cassazione con la quale è stato definito l'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., gli obiettivi e la *ratio legis* della legge Gelli-Bianco.

Dal punto di vista cronologico, il contrasto giurisprudenziale nasce in seno alla Quarta sezione della Corte di Cassazione con la sentenza Tarabori, n. 28187 del 2017⁵², e la sentenza Cavazza, n. 50078 del 2017⁵³.

Il contrasto è stato riportato a coerenza dalla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione "Mariotti", n. 8770 del 2018⁵⁴.

Nella sentenza Tarabori la Suprema Corte sottolinea la volontà del legislatore di rifondare la disciplina penale della responsabilità medica in ordine ai reati di omicidio e lesioni colpose, che si desume dalla creazione di una nuova fattispecie penale incriminatrice. Tuttavia, non può far a meno di evidenziare una serie di dubbi interpretativi "a prima vista irrisolvibili", che sono stati messi in luce dai giuristi all'indomani della riforma. In tal senso, con riferimento alla neonata norma, "La drammatica incompatibilità logica è lampante: si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è, visto che le codificate *leges artis* sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato ("risultino adeguate alle specificità del caso concreto") all'esito di un giudizio maturato alla stregua di tutte le contingenze fattuali rilevanti in ciascuna fattispecie"⁵⁵. Il paradosso della colpa senza colpa, di colui che versa in colpa nonostante il rispetto delle regole cautelari.

Rileva, inoltre, un chiaro riferimento che successivamente il Supremo collegio svolge con riferimento al principio di colpevolezza, consapevole che è quello il campo in cui dovrà essere giocata la partita circa l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies*.

⁵² Cass., pen., Sez. IV, n. 28187 del 2017, in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass_28187_17.pdf.

⁵³ Cass., pen., Sez. IV, n. 50078/2017, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/4604-cass5007817.pdf>.

⁵⁴ Cass., SS.UU., n. 8770/2018, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9383-su877018.pdf>.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

Ed infatti, dopo aver tratteggiato i caratteri generali della colpa⁵⁶, la sentenza afferma che la colpevolezza colposa deve essere declinata diversamente in relazione ai diversi contesti e alle differenti caratteristiche dei contesti e delle regole cautelari imposte. La necessaria violazione della regola cautelare e la verifica della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento, nel loro nucleo fondamentale, "costituiscono espressione del principio costituzionale di colpevolezza, giacché racchiudono i tratti tipici del rimprovero che fonda l'affermazione di responsabilità"⁵⁷.

Ed in questa occasione il Collegio evidenzia come una interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies* porterebbe alla paradossale conclusione di escludere la punibilità del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; anche quand'esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia verificata.

Alla luce di ciò, la Suprema Corte propone una lettura che prova a salvare l'art. 590-*sexies* dalla scure di una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale, posto che una tale interpretazione avrebbe portato ad un esonero da responsabilità quasi totale dell'errore medico.

⁵⁶ "In particolare, per ciò che riguarda la colpa, si è chiarito che si tratta di una forma di colpevolezza che non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione di una prescrizione, ma è limitata ai risultati che la regola mira a prevenire. Prevedibilità e prevenibilità hanno un importante ruolo nell'individuazione delle norme cautelari alla cui stregua va compiuto il giudizio. Si tratta di identificare una norma specifica posta a presidio della verifica di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola, consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio. L'individuazione di tale nesso consente di sfuggire al pericolo di una connessione meramente oggettiva tra regola violata ed evento; di una configurazione dell'evento stesso come condizione obiettiva di punibilità. Si richiede, altresì, la evitabilità dell'evento; cioè che il comportamento diligente abbia apprezzabili, significative possibilità di scongiurare il danno", Cass. pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

⁵⁷ Cass., pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

Così la Corte, valorizzando la natura non strettamente vincolante delle linee guida, traccia un perimetro applicativo del tutto peculiare, sostenendo che la normativa dispiegherà i suoi effetti solamente quando l'errore si sia verificato a causa di imperizia e le raccomandazioni contenute nelle linee guida siano pertinenti alla fattispecie concreta, e siano state altresì attualizzate in maniera corretta.

L'art. 590-*sexies* c.p. non potrà essere applicato, invece, rispetto a condotte che “sebbene poste in essere nell'ambito di una relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo ovvero siano connotate da negligenza o imprudenza e non da imperizia”⁵⁸.

Resta escluso, quindi, l'errore – dovuto a imperizia – nell'esecuzione delle corrette linee guida.

Senonché, poche settimane dopo, la medesima sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza Cavazza, individua proprio nell'errore *in executivis* l'ambito privilegiato di applicazione della causa di non punibilità disciplinata dall'art. 590-*sexies*.

L'esclusione della punibilità riguarderebbe proprio l'imperita applicazione di linee guida adeguate e pertinenti al caso concreto⁵⁹. Di guisa, l'unica ipotesi in cui permarrrebbe la rilevanza penale della condotta del sanitario sarebbe il caso in cui venissero applicate linee guida inadeguate alle specificità del caso concreto. L'errore diagnostico, quindi, sarebbe l'errore non scusato dall'art. 590-*sexies*, poiché sul medico ricade l'onere della scelta delle linee guida appropriate alle specificità del caso concreto.

Non è punibile, invece, il medico che, pur seguendo le linee guida appropriate al caso clinico, sia incorso in una imperita applicazione di queste, prescindendo dal grado della colpa.

In sintesi, dalla sentenza Cavazza si ricava che l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'imperizia sanitaria andrebbe individuata nell'applicazione di

⁵⁸ Cass., pen., Sez. IV, n. 28187/2017.

⁵⁹ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, p. 212.

linee guida non adeguate alle specificità del caso concreto (errore diagnostico). Al contrario, non sarebbe punibile il medico che, avendo scelto delle linee guida appropriate al caso concreto, abbia commesso un errore dovuto ad imperizia nell'esecuzione delle stesse linee guida (errore esecutivo)⁶⁰.

Questo, in termini essenziali, il contrasto giurisprudenziale delineatosi da queste diverse letture ermeneutiche dell'art. 590-*sexies* c.p.

Con la sentenza Tarabori, la Suprema corte tenta di dare una interpretazione costituzionalmente conforme, ma, forse, eccessivamente sterilizzante l'efficacia della stessa causa di non punibilità. Con la sentenza Cavazza, invece, nell'ottica della lotta alla medicina difensiva e nella prospettiva di dare una lettura "utile" della neonata riforma, si delinea un ambito applicativo molto ampio e favorevole, ma indiziato di incostituzionalità.

La risposta delle Sezioni unite è arrivata con la sentenza n. 8770 del 2018.

Il collegio, dopo aver ripercorso il contrasto giurisprudenziale sorto con le sentenze Tarabori e Cavazza, individua le criticità relative ai due diversi orientamenti.

Con riferimento alla sentenza Tarabori, il Collegio osserva come sia stato fatto l'errore di non rinvenire alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, offrendo una interpretazione di fatto abrogatrice del dato normativo, in collisione con l'iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare.

La sentenza Cavazza, invece, ha "il pregio di non discostarsi in modo latente dalla lettera della legge, ma, per converso, nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o lesioni, pur se connotata da colpa grave"⁶¹.

⁶⁰ C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2017, p. 247.

⁶¹ Cass., SS.UU., n. 8770/2018.

Così, nel tentare di dare una lettura che sia al tempo stesso sintesi ed evoluzione, le Sezioni unite sviluppano un ragionamento che porta alla reintroduzione della graduazione della colpa, così come era avvenuto espressamente con il decreto Balduzzi nel lontano 2012.

Secondo le Sezioni Unite, è necessario circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* a un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con l'attestazione che il medico colpevole sia tributario dell'esenzione dalla pena per aver rispettato le raccomandazioni contenute nelle linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alle specificità del caso concreto. Di conseguenza, la norma in esame continua a sottendere la nozione di colpa lieve, in linea con l'abrogato art. 3 del decreto Balduzzi⁶².

La reintroduzione della colpa lieve è stata accompagnata dalla valorizzazione, sempre in ambito penalistico, dell'art. 2236 del codice civile, che le Sezioni unite riconoscono quale principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di particolare difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza.

Del resto, l'attività del medico può presentare connotati di elevata difficoltà, dovuti non solo all'intrinseca difficoltà delle attività diagnostiche e terapeutiche, ma, altresì, al contesto emergenziale in cui spesso sono costretti ad operare i professionisti sanitari, che non sempre hanno tutte le risorse – materiali e umane – necessarie per lo svolgimento dell'attività medica (macchinari all'avanguardia, personale specializzato, farmaci etc.).

⁶² In sede di lavori preparatori, l'originario testo della Camera dei Deputati conteneva un espresso riferimento alla graduazione della colpa. Tale riferimento è stato eliminato con il passaggio al Senato del medesimo testo di legge. Ebbene, sembra porsi in contrasto con quanto sostenuto nella sentenza Mariotti, laddove il Collegio ritiene che tale eliminazione non sia manifestazione esplicita della volontà del legislatore di ripudiare un criterio di esclusione della punibilità che si basi sulla graduazione della colpa.

Le Sezioni unite individuano, infine, una serie di presupposti che devono sussistere ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità introdotta con l'art. 590-*sexies*. 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 alla 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 medico⁶³.

In conclusione, alla luce di questa ricostruzione operata dalla Corte Suprema, l'ambito di applicazione della causa di non punibilità ex art. 590-*sexies* è circoscritto all'ambito dell'imperizia lieve e al solo errore *in executivis*, cioè l'errore nell'esecuzione di linee guida appropriate al caso concreto. La valutazione dell'addebito di responsabilità dovrà tener conto del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto, richiamando implicitamente l'art. 2236 c.c. quale principio di diritto e regola di esperienza applicabile anche nell'ambito penalistico⁶⁴.

2.4 Le linee guida. Regole cautelari dell'*ars medica*?

Una volta ricostruiti i profili fondamentali dell'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies*, alla luce delle argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite Mariotti, pare opportuno soffermarsi sul diverso valore che le linee guida hanno acquisito con la

⁶³ Cass., SS.UU., n. 8770/2018.

⁶⁴ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, p. 215.

riforma Gelli-Bianco. Ed invero, il continuo progresso scientifico in ambito medico, l'elaborazione di nuove tecniche diagnostiche, terapeutiche e palliative adeguate, non solo alle diverse malattie, ma altresì alle specificità del quadro clinico dei diversi pazienti, hanno determinato una generale esigenza di standardizzazione e positivizzazione delle regole e delle buone pratiche dell'*ars medica*.

La razionalizzazione dell'attività medica mediante l'individuazione di precise linee guida – o buone pratiche clinico-assistenziali in assenza di linee guida – risponde ad una esigenza generale di maggior legalità, anche nella valutazione dell'addebito di responsabilità nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie. Del resto, posto che numerose attività, tanto nel campo della diagnostica quanto nel campo dell'attività terapeutica, sono realizzate dai medici al fine di evitare un eventuale contenzioso giudiziario, la tipizzazione delle linee guida, da questo punto di vista, costituirebbe un utile strumento di lotta alla medicina difensiva⁶⁵.

La pre-individuazione di un percorso diagnostico-terapeutico, infatti, pone il medico in una situazione più favorevole, dato che la sua attività sarà valutata mediante un giudizio di verifica circa l'aderenza della diagnosi – o della terapia – attuata rispetto a quella indicata dalle linee guida.

La classe medica non reclamava, infatti, una maggiore certezza e determinatezza circa l'attività diagnostico-terapeutica-chirurgica che deve essere realizzata, poiché quest'ultime dovranno essere in ogni caso declinate tenendo conto delle specificità del caso concreto, potendo mutare a seconda del quadro clinico del paziente. Ciò che invece si richiedeva, ai fini di una maggiore protezione giudiziaria degli esercenti le professioni sanitarie, riguardava una limitazione della discrezionalità del giudice al momento dell'accertamento della responsabilità.

Sulla scorta di queste istanze sono stati formulati sia l'art. 3 del decreto Balduzzi, che ai fini della non punibilità fa espresso riferimento al rispetto delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; che l'art. 590-*sexies* c.p., che ha

⁶⁵ R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 236.

introdotto anche la clausola di salvaguarda, che ha ad oggetto il giudizio di adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto.

È opportuno evidenziare che le linee guida, come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁶, costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato e reso disponibile in forma condensata, di modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni diagnostico-terapeutiche. Mediante le linee guida, invero, si tende a sottrarre tali scelte dal soggettivismo del singolo terapeuta, colorando di maggiore oggettività tutto l'esercizio della professione medica.

Secondo una definizione data dall'*Institute of Medicine* statunitense nel 1992, le linee guida sono “raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche”. Esse sono il frutto di un'accurata selezione e distillazione di diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti⁶⁷.

Le linee guida oggettivizzano il sapere medico, mettendo il professionista nella posizione di assumere in modo più efficiente ed appropriato, soprattutto con riferimento a casi clinici di particolare difficoltà, le scelte diagnostico-terapeutiche che risultano essere più opportune.

Tuttavia, le linee guida non possono essere considerate vere e proprie regole cautelari dell'*ars* medica. La violazione delle linee guida, infatti, non dà luogo ad una ipotesi di colpa specifica. Tale assunto sembra trovare conferma nell'art. 590-*sexies* c.p. che, se da un lato prevede che il medico debba attenersi alle linee guida o, in loro assenza, alle buone pratiche clinico-assistenziali – venendo in rilievo il rapporto di sussidiarietà tra linee guida e buone pratiche –, dall'altro onera il medico di effettuare un giudizio di conformità e adeguatezza delle linee guida rispetto al singolo caso clinico. L'adeguamento alle linee guida non costituisce, dunque, uno scudo assoluto

⁶⁶ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013; SS.UU. Cass., n. 8770/2018.

⁶⁷ Cass., SS.UU., n. 8770/2018.

da ogni forma di responsabilità. Il medico dovrà sempre vagliare l'adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto, recuperando, così, libertà e autonomia nell'espletare il proprio talento professionale, che rischiava di dissolversi in questa burocratizzazione della professione medica.

D'altra parte, e soprattutto, le regole cautelari sono dotate di una forza prescrittiva di cui non sono dotate le linee guida, intese quali strumenti di indirizzo e orientamento dell'arte medica: "Le linee guida, a differenza dei protocolli e delle *check list*, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico"⁶⁸.

Può accadere, quindi, che il professionista modelli le linee guida ovvero, in casi più estremi, deroghi completamente a quest'ultime. Del resto, le linee guida sono caratterizzate da questa essenza cautelare elastica. Prescrivono comportamenti con riferimento a determinati percorsi terapeutici, tuttavia richiedono un'attività di adeguamento rispetto alle caratteristiche della fattispecie concreta, imponendo la loro stessa disapplicazione in caso di inadeguatezza rispetto alle condizioni cliniche del paziente.

Ed infatti, secondo la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite con la sentenza Mariotti, il medico può versare in colpa in diverse situazioni: a) quando applica linee guida adeguate al caso concreto, ma erra nell'esecuzione delle stesse; b) quando non applica linee guida adeguate al caso concreto; c) quando applica linee guida prescritte per quella determinata patologia, ma non adeguate rispetto al quadro clinico del singolo paziente⁶⁹.

⁶⁸ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013.

⁶⁹ Come osservato da parte della dottrina, affinché il giudizio di rimproverabilità per colpa nei confronti del medico sia conforme alle regole fondamentali dell'imputazione colposa dell'evento e del principio di colpevolezza, il giudice dovrà effettuare il giudizio di adeguatezza, ex art. 590-*sexies*, comma 2°, in una prospettiva *ex ante*. Si dovranno tenere in conto, infatti, tutte le

Sempre con riferimento alle linee guida, un ulteriore pregio della legge Gelli-Bianco è stato quello di aver definito il rapporto tra linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali.

Il decreto Balduzzi aveva equiparato la valenza normativa di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, ponendole sullo stesso piano dal punto di vista giuridico. Invece, la riforma Gelli-Bianco ha ricostruito il rapporto tra linee guida e buone pratiche in termini di sussidiarietà, in quanto le buone pratiche clinico-assistenziali assumeranno di rilievo solamente in mancanza di linee guida pubblicate secondo legge.

La standardizzazione delle linee guida ha sicuramente portato maggior rigore e certezza nella valutazione della responsabilità penale dei professionisti sanitari; tuttavia non si può negare che il parametro delle linee guida, adesso, incida in maniera non poco rilevante sul giudizio di rimproverabilità del professionista.

Un conto è un errore medico che si concretizza nell'ambito di una relazione terapeutica governata da linee guida appropriate al caso concreto e disciplinata dalla legge; un altro conto è un errore medico che si concretizza nell'ambito di una relazione terapeutica governata da linee guida non appropriate al caso concreto, ovvero ancora non contemplate dalla legge rispetto a quella specifica patologia.

Più il medico si allontana dallo *standard* cautelare disegnato dalle linee guida, senza adeguata motivazione, e più sarà grave e intenso il giudizio di rimproverabilità penale che potrà essergli formulato.

circostanze conosciute o conoscibili dal medico nel momento in cui è iniziata la relazione terapeutica con il paziente. Cfr. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*, p. 208. Tale giudizio sembra opportuno anche alla luce del contesto pandemico, soprattutto nella fase iniziale dello stato d'emergenza, dove le conoscenze medico-scientifiche circa gli effetti patologici del virus non erano conosciuti, come non erano conosciute neanche le migliori tecniche di diagnosi e di terapia dei pazienti colpiti dal virus *Covid-19*.

2.5 Il confine tra colpa lieve e colpa grave in ambito medico-sanitario.

La responsabilità medica è stata uno dei più difficili banchi di prova della dicotomia giuridica colpa lieve/colpa grave, nonché uno dei pochi casi in cui il grado della colpa traccia il confine tra il lecito e l'illecito.

L'unica norma in cui il legislatore tiene conto della differenza tra colpa lieve e colpa grave è l'art. 133 c.p. Tale norma indica i criteri che il giudice deve seguire nell'esercizio del potere discrezionale in sede di commisurazione della pena⁷⁰. A tal fine, il giudice è chiamato a desumere la gravità del reato da una serie di elementi, quali la modalità della condotta, la gravità del danno o del pericolo e, appunto, l'intensità del dolo o il grado della colpa.

Normalmente, il diverso grado della colpa non incide sulla rilevanza penale della condotta, che, in ogni caso, rimarrebbe illecita e punibile. Rileva semmai ai fini della quantificazione della pena, quando il giudice è chiamato a muoversi all'interno della cornice edittale al fine di stabilire la pena proporzionata al caso concreto.

Tuttavia, nel contesto della responsabilità medica, la graduazione della colpa ha assunto una valenza giuridica ancora più importante. Come abbiamo visto (*supra*, §

⁷⁰ “Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”.

20), già prima che il legislatore intervenisse con l'art. 3 del decreto Balduzzi, la giurisprudenza utilizzava la dicotomia colpa lieve/colpa grave per individuare spazi franchi, cioè zone di impunità del personale sanitario in caso di colpa lieve. Tali orientamenti giurisprudenziali trovavano fondamento, come detto, nell'art. 2236 del c.c., del quale si assumeva l'applicabilità anche in ambito penalistico. La rilevanza penalistica riconosciuta a tale norma determinava un giudizio di rimproverabilità diverso a seconda della natura dell'errore e del contesto in cui era stato commesso.

Un errore commesso dal sanitario in una operazione di *routine* potrebbe essere connotato da colpa grave perché gli interventi di *routine*, solitamente, non implicano la soluzione di problemi di particolare difficoltà. Al contrario, quando il quadro clinico del paziente è particolarmente complesso, ovvero risulta intrinsecamente difficile l'intervento chirurgico da realizzare, l'errore potrebbe essere valutato con minor rigore, in quanto denoterebbe un minor grado di colpevolezza del soggetto agente.

Così, in ambito medico, il legislatore concepì la graduazione della colpa come strumento mediante cui costruire uno scudo penale che potesse arginare il fenomeno della medicina difensiva. L'art. 3 del decreto Balduzzi, infatti, perimetrava l'ambito di applicazione della causa di non punibilità all'interno della colpa lieve, stabilendo che l'esercente le professioni sanitarie non rispondeva penalmente per colpa lieve qualora si fosse attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Tuttavia, all'indomani del decreto Balduzzi emerse immediatamente una criticità fondamentale, ovvero sia la circostanza che il legislatore non avesse, in alcun modo, dato una definizione di colpa grave⁷¹. L'unico riferimento espresso che il legislatore dedica alla colpa grave è contenuto nell'art. 5, co. 3 del d. lgs. n. 472 del 1997, in materia tributaria: "La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari". Si tratta, tuttavia, di

⁷¹ P. F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 81.

norma niente affatto chiara circa confini tra colpa lieve e colpa grave, aprendo le porte all'interpretazione.

Permane dunque l'esigenza di dare più certezza ad un elemento - la distinzione tra colpa lieve e colpa grave – che, nel caso della colpa medica, assume il significato assai pregnante di discernere tra l'essere o il non essere del reato.

Non si tratta più di graduare la pena rispetto ad un fatto certamente illecito, ma di comprendere se un determinato fatto sia giuridicamente lecito o illecito.

Dal punto di vista generale è pacifico che la colpa grave, in ambito clinico, si concretizzi in tutti quei casi di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'*ars medica*. Tuttavia, il quadro attuale della medicina, sicuramente più complesso e articolato, impedisce di soffermarsi sulle sole regole elementari o basilari. Anzi, la gravità della colpa andrà rapportata agli *standard* di perizia richiesti dalle linee guida e al contesto ove è stato realizzato l'intervento diagnostico-terapeutico⁷².

A tal fine, dopo l'emanazione del decreto Balduzzi, la giurisprudenza di legittimità ha svolto un lavoro ricostruttivo dei criteri che potessero delimitare i confini giuridici tra colpa lieve e colpa grave⁷³.

Un primo criterio mediante cui valutare il grado della colpa è stato indicato nella misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi sulla base della norma cautelare cui ci si doveva attenere. Occorrerà misurare la distanza tra la condotta concretamente tenuta e quella doverosa secondo la regola cautelare (di quanti millimetri in più è stato realizzato il taglio operatorio rispetto a quanto consigliato dalle linee guida; di quanti mg è stata superata la soglia ordinaria di prescrizione di determinato un farmaco).

Si dovrà tenere conto, altresì, di quanto fosse prevedibile in concreto la realizzazione dell'evento, quanto fosse in concreto evitabile la sua realizzazione.

Un secondo criterio, di natura soggettiva, è quello della motivazione della condotta: *“un trattamento terapeutico sbrigativo e non appropriato è meno grave se compiuto*

⁷² Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013.

⁷³ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013.

per una ragione d'urgenza"⁷⁴. In tal senso, il contesto emergenziale potrebbe giustificare, non la superficialità, bensì una certa fretta nell'adempimento delle mansioni mediche, che inevitabilmente aumenta il margine di errore.

Un terzo criterio, invece, riguarda l'agente in concreto ed attiene alla misura soggettiva della colpa. Difatti, si tratta di determinare la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente. Quanto più adeguato il soggetto all'osservanza della regola e quanto maggiore e fondato l'affidamento dei terzi, tanto maggiore sarà il grado della colpa. Nel giudizio di colpevolezza, quindi, dovrebbero transitare due ordini di elementi. Da un lato, dovrebbe essere svolto il giudizio di colpevolezza con riferimento all'uomo modello; dall'altro lato, si dovrebbe tener conto anche delle circostanze esterne in cui è stata realizzata la condotta.

Le considerazioni sul grado della colpa, infatti, devono tenere conto anche degli aspetti contingenti dell'azione medica. Considerando i macchinari e gli strumenti disponibili, la professionalità del personale assistente o dello *status* emergenziale in cui si è ritrovato ad agire il personale sanitario.

Tuttavia, almeno dal punto di vista letterale, tale dibattito sembrerebbe ultroneo alla luce della riforma Gelli-Bianco. L'art. 590-*sexies*, introduce uno scudo penale che sembra prescindere da una valutazione circa il grado della colpa.

Senonché, come si è visto (*supra*, § 39), con la sentenza n. 8770 del 22 febbraio 2018, le Sezioni Unite sembrano dare una interpretazione evolutiva della neonata causa di non punibilità, che va addirittura oltre la volontà del legislatore – se non contro, posto che il riferimento al grado della colpa è stato eliminato proprio in sede di lavori preparatori –, ritenendo pur sempre necessaria la colpa lieve ai fini dell'operatività della stessa causa di non punibilità: “La ricerca ermeneutica conduce a ritenere che 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”⁷⁵.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 16237/2013.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. IV, n. 8770/2017.

Appare evidente, quindi, il contrasto tra quanto previsto dall'art. 43 c.p., che non conosce alcuna graduazione della colpa ai fini dell'imputazione soggettiva dell'illecito, e la tradizione giuridica della disciplina della responsabilità medica che, da sempre, ha sposato la dicotomia tra colpa lieve e colpa grave ai fini della punibilità dell'illecito colposo.

Secondo le Sezioni Unite la disciplina della responsabilità penale del personale sanitario non può prescindere da una perimetrazione della punibilità che tenga conto del grado della colpa, sulla scorta della regola di esperienza ricavata dall'art. 2236 c.c.

In tal senso, allora, potranno essere utilizzati i criteri elaborati dalla precedente giurisprudenza al fine di tracciare i limiti tra colpa lieve e colpa grave, sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista oggettivo.

3. Le nuove esigenze della disciplina della responsabilità professionale medica derivanti dalla diffusione della Covid-19

Dopo l'immediato, quanto intenso, contrasto giurisprudenziale circa l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies*, tutto il dibattito in materia di responsabilità medica sembrava aver trovato un proprio equilibrio.

Con tanta fatica, e pur con delle fondamenta non proprio solide, la disciplina della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie aveva nondimeno trovato una propria impalcatura, una struttura nata da anni di dibattiti giurisprudenziali e dottrinali, oltre che dai due interventi normativi attuati con il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco.

Senonché, l'avvento della pandemia da diffusione della Covid-19, diffusasi in Italia tra i mesi di febbraio e marzo 2020, ha messo in crisi la tenuta del sistema sanitario, sotto tutti i profili (gestionale-organizzativo, economico, professionale, giuridico e anche etico).

Come si può ben comprendere, la diffusione della pandemia da Covid-19 in un contesto sanitario già debole come quello italiano ha prodotto degli effetti catastrofici,

sotto il profilo umanitario e sociale. Da ciò il timore dell'eventuale contenzioso e di una lievitazione di azioni risarcitorie e penali.

In tal senso, si potrebbero immaginare contenziosi di diversi livelli: ritardo di diagnosi da Covid-19 rispetto a soggetti asintomatici, con annesso ricovero solamente con quadro clinico conclamato; mancato trattamento intensivo o non intensivo in caso di infezione da Covid-19 per carenza di strumentazione o posti letto adeguati; ritardo del soccorso territoriale a causa del numero abnorme di richieste; rinvio di prestazioni sanitarie ritenute non urgenti; infezione da covid-19 avvenuta nelle stesse strutture ospedaliere⁷⁶.

Del resto, nella prima fase della pandemia – ma anche successivamente, in realtà – non esistevano linee guida che potessero guidare i sanitari nello svolgimento delle attività diagnostiche e terapeutiche. Mancavano anche le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, adeguate alle specificità del virus Covid-19, che presenta un elevatissimo livello di diffusione ed una velocità estrema di contagio oltre a uno sviluppo della patologia repentino quanto imprevedibile nell'intensità e nei tempi. Tra l'altro, nella fase iniziale non erano ancora disponibili vaccini o terapie farmacologiche che potessero fermare il contagio⁷⁷.

Ed ancora, l'enorme quantità di soggetti infettati dal virus si è rivelata di molto superiore rispetto alla disponibilità delle risorse necessarie ad affrontare l'emergenza. Si tratta degli strumenti di protezione individuale, come le mascherine protettive e tutti gli altri dispositivi di protezione individuale (d.p.i.), e degli apparecchi di ventilazione forzata utilizzati nei reparti di terapia intensiva.

⁷⁶ A. GENTILOMO, *La peste e la colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, p. 1019 ss.

⁷⁷ Un numero di decessi così alti ha suscitato interesse da parte degli Avvocati che fanno dell'assistenza alle vittime della malasanità l'oggetto della propria attività professionale, avvalendosi anche di aggressive strategie di *marketing*. Tali condotte, tenuto conto del grande senso di riconoscimento dell'opinione pubblica tutta verso la classe medica, furono stigmatizzate immediatamente dai Consigli dell'Ordine degli Avvocati e, successivamente, anche dal Consiglio Nazionale Forense. Cfr. M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Riv. Responsabilità Medica*, 2020, p. 1 ss.

Non solo, le carenze di organico del personale sanitario – da sempre esistite – si sono rivelate disastrose durante la pandemia. Per farvi fronte si è dovuto fare un massiccio ricorso, in supporto ad infettivologi, anestesisti e rianimatori, a medici appartenenti ad altre specializzazioni e a personale sanitario non più in servizio⁷⁸.

Si è così delineato un contesto caratterizzato dalla novità assoluta della patologia e dalle limitate conoscenze scientifiche disponibili, da carenza del personale sanitario e degli strumenti utili – almeno *prima facie* – a prestare immediata assistenza ai pazienti bisognosi.

Ancora oggi sono incerte, per quanto più approfondite e generalmente delineate, le linee guida e le buone pratiche per il caso da infezione da virus Covid-19, tuttavia, almeno nella fase iniziale, l'assenza delle linee guida e delle buone pratiche rendeva piuttosto improbabile la possibilità di muovere al medico un rimprovero per non essersi attenuto alle “raccomandazioni contenute nelle linee guida”⁷⁹.

Nel contesto emergenziale delineato, l'errore medico è dietro l'angolo. Ciò vale tanto per l'errore diagnostico quanto per l'errore terapeutico. L'errore diagnostico potrebbe riguardare la difficile individuazione del virus in pazienti che, spesso, sono altresì asintomatici⁸⁰. L'errore terapeutico, invece, potrebbe ricadere sulla terapia respiratoria e farmacologica da utilizzare per curare pazienti colpiti dal virus. Entrambi gli ambiti, quelli della diagnostica e della terapeutica, erano caratterizzati, soprattutto nella fase iniziale del contesto pandemico, da una incertezza scientifica assoluta.

⁷⁸ M. FACCIOLO, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, in *Riv. Responsabilità Medica*, 2020, pp. 159-166.

⁷⁹ M. FACCIOLO, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, p. 162.

⁸⁰ Del resto, il dato circa l'esistenza di soggetti “positivi” al Coronavirus e con capacità infettiva non è stato di immediata acquisizione.

Alla luce di ciò, parte della dottrina ha sostenuto l'inadeguatezza della legge Gelli-Bianco e, quindi, della causa di non punibilità disciplinata dall'art. 590-*sexies*, rispetto alle nuove esigenze prospettate dal contesto pandemico⁸¹.

L'operatività della causa di non punibilità delineata dal legislatore, infatti, viene agganciata al rispetto delle linee guida o, in loro assenza, delle buone pratiche clinico-assistenziali; ma in un contesto pandemico dovuto al diffondersi di un Coronavirus sconosciuto alla scienza medica, è fisiologica l'assenza di indicazioni cliniche consolidate⁸².

Proprio per tali ragioni, la cura del virus avveniva totalmente in "*off label*", ovvero attraverso l'impiego di farmaci e pratiche cliniche pensati per altre patologie, nella speranza che questi possano essere efficaci anche contro l'infezione da Covid-19⁸³.

⁸¹ G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2020, p. 4

⁸² Il Sistema Nazionale delle Linee Guida, nella sezione "buone pratiche", contiene una pagina dedicata alla "COVID-19" (*Corona Virus Disease*). In tale sezione, al fine di offrire agli operatori sanitari, pazienti, cittadini e decisori gli elementi utili a combattere l'epidemia, nel rispetto delle norme vigenti e delle migliori evidenze disponibili, il CNEC ha predisposto una raccolta dei documenti scientifici più attendibili sull'emergenza sanitaria legata all'infezione da SARS-CoV-2. Revisioni sistematiche di letteratura, *Linee Guida evidence e consensus based e position statements* di organizzazioni scientifiche e agenzie sanitarie internazionali, oltre alle disposizioni del Ministero della Salute inerenti la malattia. Le tematiche affrontate vanno dalle questioni di prevenzione e controllo dell'infezione, in una prospettiva di salute pubblica, alla cura e assistenza dei singoli casi in ambito ospedaliero e territoriale, come pure l'appropriatezza d'uso delle risorse sanitarie e professionali, segnatamente nell'area critica (Terapie Intensive e Sub-Intensive). Sono inclusi anche documenti che affrontano le problematiche etiche di accesso alle cure in condizioni di limitata disponibilità di mezzi e personale sanitario (criteri S.I.A.A.R.T.I.).

⁸³ G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, p. 4.

Non solo, l'ambito di applicazione particolarmente ristretto che è emerso a seguito delle Sezioni Unite Mariotti, svolge un ruolo di antagonista rispetto alle nuove esigenze del contesto pandemico.

Dal punto di vista oggettivo, infatti, l'art. 590-*sexies* c.p. si rivolge soltanto ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., quando, in realtà, numerosi e diversi reati potrebbero essere contestati ai sanitari, come il reato di epidemia colposa *ex* artt. 438 e 452 c.p.

Dal punto di vista dell'errore medico, invece, le Sezioni Unite avevano relegato l'ambito di applicazione della causa di non punibilità al solo errore in *executivis*, cioè all'errore commesso dal sanitario nella fase esecutiva delle linee guida, escludendo che possa essere scusato l'errore diagnostico, in quanto non sarebbe coperto anche l'errore che riguarda la fase di scelta delle linee guida appropriate alle specificità del quadro clinico del paziente. Ebbene, in un contesto pandemico dove la prima difficoltà incontrata dai sanitari è stata proprio quella dell'individuazione delle linee guida o delle buone pratiche utili per contrastare la sintomatologia da Covid-19, l'errore diagnostico diviene molto probabile.

Ecco che allora, sarebbe opportuno che la condotta eventualmente colposa del sanitario venga valutata con minor rigore, e nel caso escludendone anche la punibilità anche con riferimento all'errore diagnostico. Limitare l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p. al solo errore esecutivo appare inopportuno, almeno nel contesto dell'emergenza pandemica.

Tra l'altro, ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p., ai fini della non punibilità del medico, è necessario che "*l'evento si sia verificato a causa di imperizia*".

Tuttavia, come osserva giustamente parte della dottrina, l'associazione colpa grave-imperizia riemersa, dapprima in giurisprudenza e, successivamente, con il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco, costituisce un retaggio della sentenza della Corte costituzionale che, nel 1973, aveva ritenuto ammissibile l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla colpa medica, ma limitatamente ai casi di errore connotato da imperizia⁸⁴.

⁸⁴ G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, p. 6.

Sicché, restringere l'operatività della causa di non punibilità al solo errore dovuto a imperizia ha senso in un contesto medico-sanitario ordinario, scongiurando una esenzione da responsabilità scriteriata ed eccessiva, che potrebbe pregiudicare i diritti dei pazienti. Del resto è innegabile che, all'interno dello scenario pandemico, il contesto emergenziale che porta all'urgenza terapeutica modifica, aggravandolo, lo spazio e la serenità del contesto lavorativo degli operatori sanitari.

Si pensi a tutti i dispositivi di protezione che i sanitari dovevano – e devono – indossare negli appositi reparti Covid delle strutture sanitarie. Tali d.p.i. rendono la respirazione più difficile, incrementando la stanchezza e riducendo la lucidità degli stessi sanitari. A ciò si sommi lo stress dovuto alla costante sensazione di pericolo da contagio, dove ogni minimo errore circa l'uso dei dispositivi o di contatto con i pazienti potrebbe determinare l'infezione dal Coronavirus. Si consideri anche la fatica e lo stress dovuti ai turni lavorativi molto lunghi, necessari per sopperire alle carenze di personale e all'abnorme numero di pazienti cui prestare assistenza sanitaria.

In tale contesto emergenziale l'errore medico dovuto ad imperizia è solamente uno tra i tanti che potrebbe concretizzarsi. Sembra opportuna, quindi, una maggiore larghezza di vedute e, volendo, anche di benevolenza nei confronti del personale sanitario. Ben potrebbe essere scusato, alla luce di queste circostanze che determinano un giudizio di minore rimproverabilità del sanitario, anche un errore dovuto a negligenza o imprudenza⁸⁵.

Senonché, almeno dal dettato normativo dell'art. 590-*sexies* c.p., questo ambito di applicazione della causa di non punibilità così esteso non è dato.

⁸⁵ Come si vedrà nel proseguo del lavoro, le strade per garantire una estensione dello scudo penale, anche agli errori connotati da imprudenza e negligenza, sono essenzialmente tre: 1) Applicazione estensiva dell'art. 2236 c.c. anche in ambito penalistico (su ciò, G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*); 2) applicare analogicamente l'art. 590-*sexies*, qualora si accogliesse la natura scusante di tale esimente; 3) prevedere espressamente con legge un tale ambito di applicazione esteso.

3.1 Gli interventi del legislatore. Considerazioni sugli emendamenti al decreto Cura Italia

Sulla scia della valorizzazione del contesto emergenziale e della misura soggettiva della colpa medica alla luce del contesto pandemico, valore tutt'altro che simbolico assume l'intervento del legislatore, volto ad introdurre uno scudo penale pandemico.

Con il decreto-legge 1° aprile 2021 n. 44, recante “*misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*” (c.d. decreto Cura Italia), entrato in vigore il 1° aprile 2021, il legislatore ha introdotto due norme volte a introdurre uno scudo penale⁸⁶ sia per l'attività di vaccinazione che per “l'ordinaria” attività medica di assistenza ai pazienti che hanno contratto il virus Covid-19⁸⁷.

⁸⁶ Nella relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, Servizio penale, si pone il problema della natura giuridica di queste norme. Così, il Massimario, sembra abbracciare una lettura in termini scusanti delle neointrodotte condizioni di non punibilità.

⁸⁷ Si tratta degli artt. 3 e 3-bis del d.l. n. 44 del 2021, convertito in legge n. 76 del 2021. L'art. 3, rubricato “*responsabilità penale da somministratore del vaccino anti SARS-CoV-2*” recita che “*Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*”.

L'art. 3-bis, invece, rubricato “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19*” affermava che “*Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.*”

Sembra opportuna, preliminarmente, qualche considerazione sulle proposte e sugli emendamenti al decreto Cura Italia dalle diverse forze politiche. Tale analisi è utile, infatti, perché da un lato disegna il percorso che ha portato alla definitiva adozione degli artt. 3 e 3-bis del decreto n. 44 del 2021 e, dall'altro, perché da questi emendamenti si possono trarre alcuni utili spunti di riflessione circa una nuova attività di normazione rispetto alla disciplina attuale della responsabilità medica.

Un punto comune alla molteplicità degli emendamenti proposti concerne l'efficacia temporale del regime di favore che si voleva introdurre. La maggior parte degli emendamenti tengono conto di una finestra temporale legata alla persistenza della situazione emergenziale. Di guisa, l'intervento legislativo non potrebbe essere considerato un valido sostituto dell'attuale quadro normativo della responsabilità medica⁸⁸.

Tali emendamenti possono essere divisi in due gruppi: 1) emendamenti che profilano la limitazione al dolo e alla colpa grave delle responsabilità penale, civile ed erariale per gli eventi dannosi che si sono verificati durante l'emergenza epidemiologica; 2) emendamenti che prevedono forme di monetizzazione dei rischi cui sono esposti i medici e tutti i sanitari⁸⁹.

2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”.

⁸⁸ G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, p. 7.

⁸⁹ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen.*, 4/2020, p. 2 ss.

Rientra nel primo gruppo l'emendamento n. 13.2⁹⁰, ai sensi del quale "Per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e ai provvedimenti attuativi, al di fuori in cui l'evento dannoso sia riconducibile a condotte intenzionalmente poste in essere per causare lesioni alla persona, a condotte caratterizzate da colpa grave ovvero a condotte gestionali e/o amministrative caratterizzate da dolo, gli esercenti le professioni sanitarie e i soggetti abilitati ai sensi dell'articolo 102 del presente decreto-legge, non rispondono civilmente o per danno erariale 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.

1-ter. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 590-*sexies* del codice penale, 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.

1-quater. Nella valutazione della sussistenza della colpa grave si considerano la proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazioni svolte per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale".

Tale emendamento contempla le diverse forme di responsabilità, civile, erariale e penale. Dal punto di vista dell'efficacia temporale, con tale emendamento si intende limitare l'efficacia dello scudo penale "per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica".

Con riferimento all'ambito penalistico, l'emendamento tiene come riferimento sempre l'art. 590-*sexies*, soltanto che ne amplia l'ambito di applicazione in quanto la punibilità è limitata ai casi di dolo o colpa grave, escludendo la punibilità di condotte connotate da colpa lieve, da errore dovuto a imperizia, negligenza o imprudenza.

Ed invero, come osserva parte della dottrina, la soluzione più ragionevole sarebbe proprio quella di prevedere una limitazione generalizzata della responsabilità penale

⁹⁰ Firmatario Senatore Anna Maria Bernini.

alla colpa grave, non più circoscritta alla sola imperizia, ma estesa anche alla negligenza ed imprudenza⁹¹.

Non solo, il legislatore, reduce delle aspre critiche circa la mancata definizione di colpa grave, e onerato di contestualizzare tale intervento normativo all'interno dello scenario epidemiologico, ha stabilito nell'emendamento che la colpa grave debba essere parametrata tenuto conto della "proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare, nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale", valorizzando una verifica del contesto emergenziale in cui il medico si ritrova ad operare.

Evidente è il mancato riferimento alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali. Sarebbe stato controproducente, infatti, nel contesto epidemiologico-emergenziale, subordinare la non punibilità del personale sanitario al rispetto di linee guida - inesistenti nel caso del virus Covid-19 - o buone pratiche non ancora consolidate nel panorama medico-scientifico.

Merita menzione, altresì, un altro emendamento, il n. 13.2⁹², ai sensi del quale: "Per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e ai provvedimenti attuativi, l'esercente una professione sanitaria o il soggetto abilitato a norma dell'articolo 102 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, non è punibile per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente. Nei casi contemplati dal precedente periodo, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, in deroga a quanto previsto dall'articolo 590-*sexies*, secondo comma, del codice penale, la punibilità è sempre esclusa".

⁹¹ G. M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, p. 8.

⁹² Firmatario Senatore Massimo Mallegni.

Tale emendamento è esemplificativo del diverso approccio che in questo caso viene seguito nell'elaborazione dello scudo penale per gli eventi avversi che si sono verificati durante l'emergenza sanitaria.

È sempre presente una clausola limitativa dell'efficacia temporale della causa di non punibilità al perdurare dell'emergenza sanitaria, tuttavia il profilo della colpa medica viene tratteggiato diversamente.

In primo luogo, l'ambito di applicazione oggettivo è limitato ai reati di omicidio e lesioni colpose, ex artt. 589 e 590 c.p.

Dal punto di vista soggettivo, invece, la punibilità è esclusa solamente qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, a prescindere – a differenza del risultato ermeneutico cui sono pervenute le Sezioni Unite Mariotti rispetto all'art. 590-*sexies* – dal grado della colpa. Il profilo di colpa deve essere stato determinato dall'indisponibilità dei mezzi o dall'aver agito in una situazione d'urgenza “*allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente*”.

Un altro emendamento, il n. 13.0.1⁹³, nell'ottica di sostegno anche economico al personale sanitario in caso di contenzioso dovuto ad eventi verificatisi durante l'emergenza sanitaria, aveva previsto che “Gli esercenti le professioni sanitarie possono avvalersi del gratuito patrocinio a spese della Stato in ogni stato e grado del procedimento [...], nei casi di procedimenti giudiziari proposti nei loro confronti per fatti avvenuti nell'esercizio della professione sanitaria durante il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020”.

Dal tenore di questi emendamenti proposti da diverse parti politiche si evincono le maglie strette dell'attuale disciplina della responsabilità medica, per come delineata dalla riforma Gelli-Bianco, la quale ha definito un'area di non punibilità colposa, non solo eccessivamente ristretta, ma anche disinteressata dalle contingenze esterne e/o emergenziali in cui deve essere contestualizzata la condotta diagnostico-terapeutica.

⁹³ Firmatario Senatore Arnaldo Lomuti.

Del resto, nessuna delle condizioni richieste dall'art. 590-*sexies* c.p. appare utile o coerente rispetto al contesto pandemico-emergenziale, perché non tiene conto dell'improvvisa – quanto assoluta – incertezza scientifica, del numero straordinario di contagi e di ricoveri, oltre che dei pochi posti letto disponibili in terapia intensiva e sub-intensiva⁹⁴.

3.2 La legge n. 44 del 2021: lo scudo penale medico contro la pandemia.

L'attività di somministrazione del vaccino e la dubbia utilità dell'art. 3 della legge n. 44 del 2021

Il legislatore, spinto dalla necessità di tutelare il personale sanitario in uno scenario dove, più di tutto, lo Stato aveva un disperato bisogno della loro massima collaborazione e professionalità, con gli art. 3 e 3-*bis*⁹⁵ del decreto legge n. 44 del 2021 ha introdotto due disposizioni normative che costituiscono lo scudo penale del personale medico giustificato dall'emergenza sanitaria.

L'art. 3, rubricato “*responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*” ha previsto una vera e propria scusante⁹⁶ per tutti i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria.

⁹⁴ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, p. 9.

⁹⁵ L'art. 3-*bis* è stato introdotto con la successiva legge di conversione n. 76 del 2021, entrata in vigore il 1° giugno 2021.

⁹⁶ Sulla natura giuridica scusante dell'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021 si è pronunciato anche l'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione. Reperibile in: <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel.35-2021.pdf>.

In questi casi, la punibilità è esclusa “quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”.

Ed invero, dopo alcuni decessi correlati, almeno cronologicamente, alla somministrazione del vaccino AstraZeneca – successivamente sospeso – e l’iscrizione di medici e infermieri inoculatori nel registro degli indagati, il governo ha deciso di formulare una esimente *ad hoc* per i fatti omicidio e lesioni colposi da somministrazione del vaccino anti-Covid.

Rispetto a tale norma vi è da interrogarsi sulla struttura e sull’utilità della stessa.

Dal punto di vista strutturale, la norma è composta di tre elementi portanti: sul piano oggettivo, la non punibilità è relegata ai fatti di reato riconducibili agli articoli 589 e 590 del codice penale; è necessario il nesso di causalità tra l’evento dannoso e la somministrazione del vaccino; infine, sul piano soggettivo, è necessario il rispetto delle regole cautelari sancite *ad hoc* per la somministrazione del vaccino anti Covid-19⁹⁷.

Senonché, l’utilità di tale scusante è stata fortemente messa in dubbio fin da subito.

Parte della dottrina⁹⁸ ha osservato che tale norma avrebbe avuto una finalità ansiolitica, relativamente ad effetti più extragiuridici che giuridici in senso stretto. Si tratterebbe di una norma che mira a rassicurare il personale sanitario e, in generale, tutti i soggetti coinvolti nell’attività di vaccinazione, con l’obiettivo di evitare una nuova ondata di “medicina difensiva”, con conseguente rifiuto dei medici di somministrare il vaccino⁹⁹. Anche in assenza di tale norma la non punibilità deriverebbe dalla semplice applicazione dell’art. 43 c.p., poiché una condotta

⁹⁷ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. pen.*, 12/2021, p. 22 ss.

⁹⁸ P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sist. pen.*, p. 2 ss. Reperibile in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/piras-non-punibilita-vaccinazioni-covid>.

⁹⁹ C. CUPELLI, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. Pen.*, 2021, p. 2 ss. (reperibile in <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cupelli-pandemia-rischio-penale-scudo-legge?out=print>).

rispettosa delle regole cautelari non acquisirebbe i connotati della colpa e, quindi, non sarebbe punibile *ab origine*, secondo le regole generali dell'imputazione colposa. Anzi, sarebbe addirittura dannosa perché porterebbe il giudice a prosciogliere, non perché il fatto non sussiste bensì perché il soggetto non è punibile¹⁰⁰.

Tale scudo, quindi, sembrerebbe un vuoto contenitore, poiché richiamerebbe una non punibilità già esistente secondo le norme generali del diritto penale, ossia che il rispetto delle *leges artis* del settore professionale non configura reato, per incompletezza di tutti gli elementi costitutivi tipici.

Tuttavia, argomentando circa i rapporti tra l'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021 e l'art. 590-*sexies* del c.p., si potrebbe sostenere che le due norme facciano riferimento a condotte diverse.

La natura giuridica della causa di non punibilità che scaturisce dall'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021 viene ricondotta alla categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, o scusanti. La natura giuridica di tale norma, infatti, non sembra essere messa in dubbio né da dottrina né da giurisprudenza, posto che anche l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, con la relazione n. 35/2021, ha accolto la lettura in termini scusanti della norma in esame.

Si tratta di capire, infatti, tenuto conto della tradizionale tripartizione delle cause di non punibilità, se il legislatore abbia deciso costruire una causa di non punibilità basata su ragioni di opportunità politico-criminale esterne al fatto di reato, ovvero una causa di non punibilità rispetto a condotte antiggiuridiche ma non punibili perché non rimproverabili per carenza del coefficiente di adesione soggettivo¹⁰¹.

In realtà, l'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021, sembra prevedere una causa scusante. Ed infatti, la non punibilità sembra giustificata dal difetto di colpa, che escluderebbe la colpevolezza, con conseguente rilievo anche in caso di erronea supposizione (*ex art.*

¹⁰⁰ P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, p. 3.

¹⁰¹ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, p. 22.

59, comma 4, cod. pen.)¹⁰². Non si potrebbe parlare di colpa, perché il vaccinatore rispetta tutte le regole cautelari richieste per la somministrazione del vaccino.

Così, rispetto all'art. 590-*sexies* c.p., dove la condotta non punibile è pur sempre connotata da un coefficiente soggettivo colposo – relativo all'errore nell'esecuzione, e non nella scelta delle linee guida –, l'art. 3 del d.l. n. 44 del 2021 esclude, invece, l'elemento soggettivo colposo della condotta.

Di conseguenza, mentre nel primo caso (art. 590-*sexies* c.p.) avremmo una condotta colposa e imperita che, caratterizzandosi per il grado lieve della colpa, merita un'esenzione dall'applicazione della pena, nel secondo caso (art. 3 d.l. 44/2021), invece, avremmo una condotta non punibile perché non colposa¹⁰³, in quanto difetterebbe l'elemento oggettivo della colpa, cioè la violazione della regola cautelare.

Una tale lettura ricondurrebbe la natura giuridica dell'art. 590-*sexies* a mera causa di non punibilità in senso stretto, ovvero a un'esenzione dalla pena dovuta a ragioni di politica criminale, rispetto a una condotta che comunque costituisce reato, sia in senso oggettivo che in senso soggettivo.

Tuttavia, si deve osservare che il carattere colposo della condotta non sarebbe di per sé sufficiente o ad escludere la natura giuridica di causa di esclusione della colpevolezza – *rectius* scusante – di una generica condizione di non punibilità.

Ed infatti, valorizzando la misura soggettiva della colpa, ben potrebbe essere considerata non punibile per difetto di colpevolezza una condotta colposa ai sensi dell'art. 590-*sexies* c.p. Tale argomentazione presuppone l'accoglimento della lettura che qualifica l'art. 590-*sexies* c.p. in termini scusanti, valorizzando il giudizio di concreta rimproverabilità del personale sanitario per l'errore commesso, tenuto conto delle contingenze esterne che hanno determinato il contesto dell'agire del medico. In tal senso si ripudierebbe la lettura, oggi tendenzialmente maggioritaria e accolta in

¹⁰² Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, Servizio penale.

¹⁰³ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, p. 26.

giurisprudenza, secondo cui la non punibilità sarebbe il frutto di una scelta di politica criminale del legislatore, riconducendo l'art. 590-*sexies* c.p. nell'alveo delle cause di non punibilità in senso stretto.

Per quanto concerne l'ambito applicativo della scusante *ex art.* 3 del decreto legge n. 44 del 2021, pare pacifico che l'attività materiale di inoculazione del vaccino difficilmente potrebbe cagionare danni che giustifichino una tutela penale dell'offeso.

Sembra più rilevante, invece, la procedura che precede l'inoculazione del vaccino, la quale si compone di due momenti¹⁰⁴: 1) compilazione della scheda *pre-triage* e del questionario anamnestico; 2) raccolta del consenso informato sui possibili eventi avversi che il vaccino potrebbe determinare a seguito dell'inoculazione.

Proprio rispetto a queste fasi preliminari potrebbe trovare applicazione la scusante in esame, qualora il somministratore commetta un errore strategico nella fase esecutiva.

La questione diventa ancor più complessa se consideriamo l'art. 3-*bis* del predetto decreto, introdotto con legge di conversione n. 76 del 2021, rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19*".

Tale norma prevede che la punibilità per i fatti riconducibili agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovino causa nello stato di emergenza epidemiologica, sia limitata alle sole condotte connotate da colpa grave. Inoltre, al comma 2, si stabilisce che "Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre

¹⁰⁴ Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, p. 11 ss.

che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza"¹⁰⁵.

Rispetto a tale disposizione normativa, il parallelismo con l'art. 590-*sexies* appare fondamentale per ricostruirne gli effetti e la natura giuridica.

Dal punto di vista oggettivo la non punibilità è sempre limitata ai fatti costituenti reato ai sensi degli articoli 589 e 590, escludendo i fatti di epidemia colposa, ai sensi degli articoli 438 e 452 c.p. Tuttavia, l'art. 3-*bis* è peculiare nella parte in cui prevede che la non punibilità operi se il fatto trovi "*causa nella situazione di emergenza*" sanitaria da *Covid-19*. Vi è differenza, infatti, fra lo "*stato di emergenza*", oggetto di delibera del Consiglio dei Ministri e la "*situazione di emergenza*", cui fa riferimento l'art. 3-*bis*¹⁰⁶.

Tale riferimento amplia e al tempo stesso restringe l'ambito di applicazione del neonato scudo penale.

Da un lato ne restringe l'ambito di applicazione, poiché non è sufficiente che il fatto si sia verificato durante lo "stato di emergenza", ma è necessaria altresì una situazione clinicamente instabile, connotata da urgenza e complessità, dovuta alla diffusione della *Covid-19* (*situazione di emergenza in concreto*). Un contesto di speciale difficoltà dell'attività medica, magari dovuta all'incertezza del quadro clinico o alla limitatezza delle risorse materiali e umane con cui fronteggiare la malattia.

Dall'altro lato, il riferimento causalistico alla situazione di emergenza amplia l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, estendendola anche a tutti quegli eventi avversi che, pur non derivando direttamente dall'infezione *Covid-19*, si sono verificati a causa della situazione emergenziale e di un generale abbassamento dei livelli assistenziali sanitari in ragione del carattere prioritario accordato al contrasto della pandemia.

Si pensi, ad esempio, a tutti gli interventi di routine o straordinari rinviati a causa della trasformazione dei reparti ordinari in reparti Covid, che hanno potuto cagionare

¹⁰⁵ Comma 2, art. 3-*bis* d.l. n. 44 del 2021.

¹⁰⁶ Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, p. 20.

un peggioramento dello stato di salute, se non la morte, dei pazienti in attesa; ovvero a tutti quei trattamenti che in un contesto ordinario sarebbero stati trattati con molta più cura e dedizione, che invece a causa del contesto emergenziale sono stati marginalizzati e trattati con più sufficienza.

Non solo, rispetto all'art. 590-*sexies* c.p. che limita la non punibilità ai soli fatti connotati colpa lieve e imperizia, la punibilità definita dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021 è espressamente esclusa in caso di colpa lieve, non essendo necessarie ulteriori specificazioni della colpa.

L'esenzione, infatti, è stata allargata non solo agli errori dovuti a imperizia, ma anche a quelli dovuti a negligenza o imprudenza. Ciò evidenzia l'operatività, in senso migliorativo, dello scudo penale dell'art. 3-*bis* rispetto a quello disciplinato dall'art. 590-*sexies*, dal momento che, purché lievi, potranno essere coperte dallo scudo anche le condotte colpose (lievi) negligenti e imprudenti.

Questo è un dato positivo, posto che ci si è svincolati da quelle definizioni dogmatiche di perizia, prudenza e diligenza in cui spesso l'interprete rischia di scivolare. Per quanto oggi l'imperizia venga considerata come la declinazione della negligenza e dell'imprudenza in ambito professionale, all'atto pratico distinguere le une dalle altre risulta più complesso¹⁰⁷.

Del resto, nel contesto emergenziale sono state compiute e sostenute – tanto dalla comunità medica quanto dall'esecutivo – delle scelte che, in uno scenario ordinario, sarebbero state considerate imprudenti o negligenti, come rinviare un intervento chirurgico non urgente ma necessario, sperimentare nuove terapie sulla base di poche – e poco fondate – evidenze scientifiche, utilizzare personale non specializzato per sopperire alla carenza di organico e la somministrazione farmacologica *off-label*¹⁰⁸. In

¹⁰⁷ J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, p. 30.

¹⁰⁸ A. OLIVA, V. L. PASCALI, S. GRASSI, M. MARAZZA, G. VETRUGNO, G. PONZANELLI, G. SCAMBIA, R. CAUDA, R. BELLANTONE, M. CAPUTO, *La pandemia di Covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2021, p. 4 ss.

tal senso appare apprezzabile l'intento del legislatore di ampliare l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, in perfetta relazione con un conseguente ampliamento del margine di errore dovuto al contesto emergenziale.

In tal senso, merita di essere sottolineato il comma 2° dell'art. 3-*bis*, che recepisce le istanze di tutto il personale medico, a che l'attività diagnostico-terapeutica venga valutata – sotto il profilo giudiziario – tenendo conto delle difficoltà contestuali ed emergenziali che il personale è costretto a fronteggiare.

Tale considerazione è ancor più importante se calata in un contesto pandemico, dove il personale sanitario è stato chiamato a far fronte ad una malattia sconosciuta, soggetta ad evidenze scientifiche in continuo divenire¹⁰⁹. Così, il rimprovero mosso nei confronti del personale sanitario dovrà sempre considerare: 1) la limitatezza delle conoscenze scientifiche sulle patologie da SARS-CoV-2, che può incidere tanto sull'esatta valutazione del quadro clinico del paziente quanto sulle scelte terapeutiche più appropriate (si pensi all'omessa somministrazione di eparina quando ancora non si conosceva il meccanismo patogenetico del SARS-Cov-2 attivante coagulopatia; o la somministrazione farmacologica *off-label* per curare l'infezione); 2) la scarsità di risorse umane e materiali in relazione al numero di casi da trattare, come la limitata disponibilità dei ventilatori polmonari nei reparti di terapia intensiva; 3) il minor grado di esperienza/conoscenza del personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza e alle carenze d'organico¹¹⁰.

L'ampliamento dell'ambito di operatività della causa di non punibilità agli spazi della negligenza e dell'imprudenza, oltre alla maggior attenzione del contesto ove si realizza la condotta medica – come quello emergenziale –, sono il frutto di una visione legislativa adesso più orientata a valorizzare la misura soggettiva della colpa medica. È questo, pertanto, lo spazio che consente tanto al legislatore quanto all'interprete di

¹⁰⁹ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, p. 4.

¹¹⁰ Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, p. 22.

adeguare il giudizio di rimproverabilità alle reali circostanze in cui il soggetto agente ha operato.

È proprio nella valorizzazione della colpevolezza e del rimprovero eventualmente formulato all'operatore sanitario, che si devono cercare i nuovi spunti di una riforma che riporti a coerenza il sistema della colpa medica con i principi di colpevolezza, proporzione e *extrema ratio* dell'intervento penale.

3.4 L'uso *off label* dei farmaci durante l'emergenza sanitaria

La questione della somministrazione farmacologica *off-label* – o fuori etichetta – è tornata centrale nel dibattito sulla responsabilità medica, proprio alla luce del contesto emergenziale dovuto alla diffusione del virus SARS-Cov-2.

La pratica della somministrazione di farmaci *off-label* consiste nella prescrizione di farmaci e trattamenti medici che sono stati studiati, sperimentati, valutati e utilizzati per scopi o con modalità diverse da quelli per cui si stanno somministrando.

Nondimeno, la legge talvolta consente sia l'utilizzo clinico di farmaci ancora sottoposti a sperimentazione clinica e quindi non ancora registrati e provvisti dell'autorizzazione all'immissione in commercio, sia l'impiego di farmaci già registrati ma utilizzati in maniera difforme da quanto previsto dall'AIC.

Questa pratica è ampiamente diffusa in vari ambiti della medicina, quali, ad esempio, l'oncologia, la reumatologia, la neurologia e la psichiatria e riguarda sia la popolazione adulta e che quella pediatrica. In campo pediatrico, specialmente a livello neonatale, una cospicua parte delle prescrizioni sia in ospedale sia sul territorio sono *off-label*¹¹¹.

¹¹¹Cfr.[https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_le_norme_che_disciplinano_l_impiego_clinico_dei_farmaci_ancora_sottoposti_a_sperimentazione-1.html#:~:text=L'articolo%203%20del%20decreto,AIC\)%20riferibile%20allo%20stesso%20medicinale.](https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_le_norme_che_disciplinano_l_impiego_clinico_dei_farmaci_ancora_sottoposti_a_sperimentazione-1.html#:~:text=L'articolo%203%20del%20decreto,AIC)%20riferibile%20allo%20stesso%20medicinale.)

La somministrazione farmacologica *off-label* è disciplinata, nel nostro ordinamento, con legge n. 648 del 1996 e con d.l. n. 23 del 1998, convertito in legge n. 94 del 1998, meglio nota come legge Di Bella, recante “*Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria*”.

Normalmente il medico, nel prescrivere un medicinale si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall’autorizzazione all’immissione in commercio rilasciata dal Ministero della Sanità. Tuttavia, ai sensi dell’art. 3, comma 2 della legge n. 94 del 1998, in singoli casi il medico può utilizzare, “*sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso*”, farmaci prodotti per un’indicazione, una via o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diverse da quelle autorizzate, qualora il medico ritenga che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione.

Senonché, la somministrazione *off-label* può avvenire a patto che essa sia nota e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale. L’art. 3 citato deve essere coordinata con l’art. 1, comma 4 del d.l. n. 536 del 1996, convertito in legge n. 648 del 1996, ai sensi del quale “Qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale, i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per un’indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione unica del farmaco conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa”.

In sintesi, tali norme consentono il c.d. “uso compassionevole” di un farmaco, prevedendo l’istituzione di un elenco in cui possono essere inclusi i seguenti medicinali: medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri stati ma non in Italia; medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione

clinica di cui siano già disponibili risultati di studi clinici di fase seconda¹¹²; medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata in Italia.

Il medico, essendo l'unico responsabile della scelta di usare un farmaco *off-label*, dovrà informare il paziente in modo completo, aggiornato e comprensibile, riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi derivanti dalla somministrazione farmacologica e ai risultati delle sperimentazioni, tenuto conto delle possibili alternative¹¹³.

Ebbene, in un contesto emergenziale dovuto alla diffusione del Coronavirus, carente di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, di farmaci appositamente sperimentati e utilizzati per l'infezione da Covid-19, il ricorso a terapie sperimentali o la somministrazione di farmaci registrati per un diverso impiego è fisiologico, varcando in tal modo i confini della prudenza, al fine di esperire ogni tentativo utile per salvare la vita umana.

¹¹² La letteratura scientifica individua quattro fasi di sperimentazione di un farmaco. Con lo studio di fase I ha inizio la sperimentazione del principio attivo sull'uomo che ha lo scopo di fornire una prima valutazione della sicurezza e tollerabilità del medicinale, su un numero limitato di volontari. In tale fase l'obiettivo principale è la valutazione dei potenziali effetti collaterali del farmaco.

Se il farmaco dimostra di avere un livello di tossicità accettabile rispetto al beneficio previsto, può passare alla fase di sperimentazione successiva. In fase due vengono indagate le potenzialità terapeutiche del farmaco, anche al fine di comprendere modalità e quantitativi di somministrazione.

La terza fase di sperimentazione serve a determinare l'efficacia del farmaco su migliaia di volontari, valutandone effetti collaterali e benefici.

La quarta fase, invece, è anche detta "sorveglianza post marketing" perché viene attuata dopo l'immissione in commercio. In quest'ultima fase si acquisiscono ulteriori informazioni e valutate le reazioni avverse più rare grazie all'utilizzo di massa del farmaco.

Per un maggiore approfondimento consultare <https://www.aifa.gov.it/sperimentazione-clinica-dei-farmaci>.

¹¹³ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso*, p. 18.

Nella prima fase dell'emergenza sanitaria, infatti, non vi erano né farmaci in grado di curare la patologia né vaccini in grado di prevenirla o ridurne gli effetti negativi. Sono stati molteplici, durante l'evolversi della pandemia, gli esempi di farmaci somministrati *off-label* a pazienti affetti dal Coronavirus.

Inizialmente la National Health Commission cinese inserì il *Tocilizumab* nelle linee guida per il trattamento dei casi gravi da Coronavirus, che è un farmaco approvato nel 2010 negli Stati Uniti per curare l'artrite reumatoide. Ciò portò l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ad avviare studi e sperimentazioni su un numero limitato di pazienti aventi ad oggetto il medesimo farmaco¹¹⁴.

Un altro farmaco utilizzato *off-label* durante l'emergenza sanitaria per curare l'infezione da Covid-19 è stato il *Remdesivir*, pensato e testato dall'azienda americana Gilead per combattere il virus Ebola, di cui l'AIFA ha successivamente limitato l'utilizzo in casi clinici selezionati.

Pertanto, in una prospettiva penalistica, il regime delle eventuali responsabilità scaturenti dalla somministrazione farmacologica *off-label* deve fare i conti con due aspetti: da un lato, con il contesto pandemico e le urgenze terapeutiche che non possono attendere i tempi ordinari della sperimentazione clinica prima della somministrazione di un farmaco, soprattutto in quei casi dove l'accesso alla terapia sperimentale costituisce l'unico rimedio rispetto a patologie non altrimenti curabili¹¹⁵; dall'altro, deve fare i conti con le carenze dell'attuale disciplina della responsabilità medica, che non contempla espressamente l'ipotesi in cui il medico faccia ricorso a terapie sperimentali o farmaci non espressamente autorizzati dal Ministero della Salute.

¹¹⁴ F. CEREÀ, *Farmaci off label e sperimentazione clinica: l'emergenza Covid-19 svela le potenzialità del dato normativo*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, p. 433 ss.

¹¹⁵ F. CEREÀ, *Farmaci off label e sperimentazione clinica: l'emergenza Covid-19 svela le potenzialità del dato normativo*, p. 440.

Si potrebbe argomentare, allora, che in un contesto ordinario, un evento avverso derivante dalla somministrazione farmacologica *off-label* dovrebbe essere inquadrato nella disciplina ordinaria di cui all'art. 590-*sexies* c.p.

Così, se il medico, pur nel contesto della somministrazione di un farmaco *off-label*, ha seguito le linee guida o le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica rispetto all'uso compassionevole del farmaco, allora ben potrà essere applicata l'esimente ordinaria introdotto con la riforma Gelli-Bianco.

Al contrario, una somministrazione scriteriata, imprudente e avventata, andrebbe oltre i confini della causa di non punibilità tratteggiata dall'art. 590-*sexies*, potendo determinare la punibilità del medico nel caso in cui si verifici un evento dannoso.

Per i trattamenti farmacologici *off-label* durante il periodo emergenziale, invece, le considerazioni sono diverse poiché differente è il substrato legislativo di riferimento.

In tal senso, rileverebbe l'art. 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021, il quale dispone che durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 c.p., commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

Sicché, un potenziale evento dannoso derivante dalla somministrazione *off-label* di un farmaco al fine di curare l'infezione da Covid-19 potrebbe essere coperto da questo scudo penale che, tra l'altro, avrebbe una efficacia rafforzata rispetto a quella garantita dall'art. 590-*sexies*. Del resto, non è prescritto il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali, di conseguenza potrebbe essere scusata anche la somministrazione farmacologica *off-label* imprudente, quasi avventata, tenuto conto delle scarsissime conoscenze scientifiche nella fase genetica della pandemia e delle condizioni quasi disperati dei pazienti che accedevano ai reparti Covid.

Inoltre, mancando un riferimento espresso all'imperizia, potrebbero rientrare nell'alveo della non punibilità anche le condotte riconducibili all'imprudenza e alla negligenza.

4. Riflessioni sull'applicabilità analogica dell'art. 590-*sexies*. È davvero necessaria una nuova riforma?

Lo stato di emergenza dovuto alla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha sicuramente sconvolto il sistema sanitario, ma altresì ha fatto sorgere nuovi interrogativi circa le sorti della disciplina della responsabilità penale medica del personale sanitario.

Gli ultimi interventi legislativi, spinti da esigenze contingenti al contesto emergenziale, hanno avuto il pregio di restituire luce ad un dibattito quasi sopito, dando nuovi stimoli ad una materia rispetto alla quale si nutrivano, e si nutre, un costante senso di incompletezza e insufficienza.

Come ha osservato legittimamente parte della dottrina, parlare di uno “scudo penale” con riferimento agli articoli 3 e 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021 potrebbe essere fuorviante, in quanto potrebbe dare l'idea di una sfera di intangibilità e impunità gratuita, quasi privilegiata. In realtà si tratta di norme di buon senso e di garanzia, rispetto a coloro che operano in condizioni critiche, di estrema difficoltà e incertezza, mettendo a rischio la loro stessa incolumità¹¹⁶.

Nondimeno, sia gli emendamenti proposti al decreto Cura Italia che gli articoli 3 e 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021, hanno suscitato notevoli spunti di riflessione, tracciando un nuovo percorso possibile circa la disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie.

Una volta cessata l'emergenza, infatti, le novità normative di cui si è dato conto, potrebbero rappresentare un utile punto di partenza da mettere sul tavolo delle trattative, qualora si volesse rivedere il sistema della responsabilità dei sanitari, che oggi trova il suo riferimento nell'art. 590-*sexies*.

Rammentiamo, infatti, che la riforma Gelli-Bianco ha da subito suscitato dibattito e critiche, richiedendo un immediato intervento correttivo operato dalla giurisprudenza di legittimità, già pochi mesi dopo l'emanazione della stessa legge.

¹¹⁶ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso*, p. 12.

Dal punto di vista soggettivo, ricordiamo che gli elementi salienti delle Sezioni Unite Mariotti erano due: 1) in primo luogo, stante il mancato riferimento al grado della colpa nella disposizione normativa, le Sezioni Unite reintroducono questo parametro in via interpretativa, ritenendo che l'esimente possa essere applicata solo in caso di colpa lieve – è chiaro che una esenzione totale da responsabilità, sia per colpa grave che per colpa lieve, sarebbe stata foriera di fondati dubbi di legittimità costituzionale -, limitando la responsabilità colposa al solo ambito dell'imperizia lieve; 2) il criterio di giudizio di cui all'art. 2236 del c.c. è sempre vivo, costante ineliminabile nel giudizio di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha riconosciuto a tale norma la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di particolare difficoltà ovvero si versi in una situazione di emergenza¹¹⁷.

Questi i due punti fermi che dovrebbero guidare il legislatore in una, ancora astratta e ipotetica, quanto lontana, riforma della responsabilità medica che, tuttavia, non dovrebbe distruggere quanto di buono fatto fino ad adesso, ma solamente integrare gli aspetti mancanti e modificare quelli devianti.

Ed infatti, facendo tesoro del comma 2, art. 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021, si potrebbe pensare all'esportazione di una clausola definitoria della colpa grave, che contempra i fattori contestuali e, dall'altro lato, ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* oltre i confini dell'imperizia¹¹⁸. Una delle carenze storiche dell'art. 590-*sexies*, per il vero, è stata sempre quelle di non dare dei parametri precisi mediante cui poter valutare l'atteggiamento soggettivo del professionista sanitario, mancando altresì una definizione di colpa grave che potesse guidare l'interprete nel giudizio di responsabilità.

¹¹⁷ Cass. SS.UU., n. 8770 del 2017.

¹¹⁸ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso*, p. 13.

Del resto, se si tenesse conto di tutti i fattori contestuali all'attività medica (contesto emergenziale, limitatezza di risorse materiali e umane, stress derivante da turni lavorativi molto lunghi, difficoltà del singolo caso clinico e tempo a disposizione per adottare una corretta strategia diagnostico-terapeutica, situazione di incertezza scientifica non supportata da linee guida pubblicate ai sensi di legge o da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica *etc.*) gli errori meritevoli di essere scusati non apparirebbero più alla sola sfera dell'imperizia, ma anche a quella della negligenza e dell'imprudenza.

Senonché, un intervento del legislatore di modifica o di riforma del sistema della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, almeno sotto il profilo penalistico, non è al momento neanche in discussione nelle aule parlamentari. Per quanto sarebbe più coerente con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale incriminatrice, una modifica legislativa dell'art. 590-*sexies* non è al momento in programma, di conseguenza l'interprete sarà costretto a muoversi tra i tralicci fissati dalla riforma del 2017 e le successive integrazioni di stampo ermeneutico svolte dalla Suprema corte.

Eppure, potrebbe essere individuata un'altra via, nell'ottica del rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza, proporzionalità ed *extrema ratio* della tutela penale, che riesca a garantire alla causa di non punibilità introdotta con l'articolo 590-*sexies* quel respiro e quella elasticità che sono mancati, anche durante l'emergenza sanitaria¹¹⁹. Tale via, escludendo quella della modifica legislativa, non può che essere quella della manipolazione normativa e interpretativa, nelle forme dell'applicazione analogica, in *bonam partem*, dell'art. 590-*sexies* c.p.¹²⁰.

¹¹⁹ Non si sarebbe giustificata, altrimenti, un'altra presa di posizione del legislatore durante lo stato di emergenza, introducendo uno scudo penale *ad hoc* con il d.l. n. 44 del 2021.

¹²⁰ L'interpretazione estensiva non può essere considerata adeguata per fuggire dalle maglie strette dell'art. 590-*sexies*, poiché il rigido riferimento all'imperizia non consentirebbe di andare oltre questo confine espressamente tracciato dal legislatore.

In tal senso, il procedimento analogico sarebbe uno strumento per assicurare un riallineamento dell'esimente alla evoluzione dell'ordinamento¹²¹.

Applicare analogicamente l'art. 590-*sexies* a casi simili non vuol dire demolire i limiti posti con legge, bensì accogliere le molteplici esigenze di tutela della classe medica e della società tutta, al fine di garantire uno statuto penale della colpa medica più coerente con i principi di colpevolezza e uguaglianza.

Interpretare analogicamente l'art. 590-*sexies* c.p. garantirebbe maggiore elasticità, così da ampliare i confini della non punibilità anche a condotte colpose connotate da negligenza o imprudenza, meritevoli comunque di non essere sanzionate tenuto conto della misura soggettiva della colpa e del giudizio di rimproverabilità lieve della condotta medica.

Tale operazione analogica non sarebbe né discrezionale né scriteriata, ma poggerrebbe sulla valorizzazione dei fattori ambientali e delle contingenze della condotta medica.

Abbiamo appena visto come una condotta normalmente imprudente in ambito medico – rinviare una operazione necessaria ma non urgente – possa rivelarsi fisiologica e addirittura necessaria in un contesto emergenziale. Valorizzare la cornice di tutte le attività diagnostiche e terapeutiche vuol dire anche valorizzare la misura soggettiva della colpa medica, perno decisivo al fine di stabilire i confini della non punibilità sancita dall'art. 590-*sexies* c.p. Ciò determinerebbe, sul piano generale della disciplina della colpa penale, un decisivo superamento della concezione prevalentemente normativa della colpa, incentrata sulla violazione delle regole cautelari¹²². Passaggio che porterebbe alla valorizzazione di quegli elementi unici e

¹²¹ S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, n. 2/2021, p. 13.

¹²² In tal senso, sulla differenza tra gli elementi oggettivi e soggettivi, all'interno della struttura del reato colposo, cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2013, p. 4 ss. In particolare, l'autore osserva che "la misura soggettiva della colpa non esiste, poiché gli aspetti oggettivi, essendo comuni alle realizzazioni dolose, non

irripetibili che hanno colorato di contesto la condotta e ad una maggiore individualizzazione del giudizio di rimproverabilità penale.

Tuttavia, è innegabile che il terreno dell'analogia in materia penale sia scivoloso quanto tortuoso, ma non del tutto impraticabile. Certamente devono essere rispettati una serie di limiti posti dalla legge e dai principi fondamentali. Primo fra questi il divieto di analogia posto dall'articolo 14 delle preleggi¹²³, ai sensi del quale "le leggi penali, e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". È notorio che ragioni politiche inerenti alla tutela della libertà del cittadino nei confronti di possibili abusi del giudice hanno indotto le legislazioni a ripudiare l'analogia, soprattutto nel settore penalistico. Ciononostante, il divieto di analogia non è fine a sé stesso, ma un mezzo per estendere la sfera di liceità penale e ridurre al minimo la menomazione della libertà del cittadino. In tale prospettiva, allora, è ammissibile il ricorso all'analogia ogni qualvolta questa sia conforme al principio del *favor rei*, producendo un effetto positivo di non incriminazione¹²⁴.

Appurato che il divieto di analogia opera soltanto in relazione alle norme penali sfavorevoli, si tratta di capire entro quali limiti sia consentita un'interpretazione

sono ancora connotativi della colpa". Anche M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, p 124 ss.

¹²³ Nel codice penale il divieto di analogia è desumibile altresì dagli artt. 1 e 199.

¹²⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, a cura di V. MILITELLO, M. PARODI GIUSINO, A. SPENA, 9° ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 99 ss. Sul divieto di analogia cfr anche E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2000, p 136; G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1253 ss.; F. GIUNTA, G. CARCATERA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, p. 347 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011;

analogica in *bonam partem* nel diritto penale e, per fare ciò, bisogna intendersi sul concetto di leggi eccezionali cui fa riferimento l'articolo 14 delle preleggi.

Ed invero, secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale tendenzialmente maggioritario, le cause di giustificazione e le cause di esclusione della colpevolezza non avrebbero carattere eccezionale, posto che esse contribuiscono a definire i presupposti generali di applicazione delle norme incriminatrici¹²⁵, e sono espressione di principi generali comuni a tutte le branche dell'ordinamento giuridico. Per tale ragione queste norme potrebbero essere applicate analogicamente.

Lo stesso non potrebbe dirsi delle cause di non punibilità in senso stretto, nonché di tutte quelle cause di non punibilità giustificate da fattori contingenti o da ragioni di politica criminale. Tali norme vanno considerate eccezionali e, quindi, non suscettive di interpretazione analogica.

Svolte tali brevi argomentazioni sull'interpretazione analogica, occorre adesso interrogarsi sulla concreta possibilità di applicare analogicamente l'art. 590-*sexies*. È inutile nascondere che tale potenzialità dipende dalla natura giuridica della causa di non punibilità introdotta con la riforma Gelli-Bianco. Ebbene, su questo versante ritroviamo in dottrina e giurisprudenza due orientamenti fondamentali che verranno meglio approfonditi successivamente (cfr. Cap. II).

Secondo un primo orientamento dottrinale, suffragato dalla giurisprudenza maggioritaria, la natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p. dovrebbe essere quella di causa di non punibilità in senso stretto. La non punibilità del medico non discenderebbe da ragioni propriamente giuridiche, posto che la condotta integra tutti elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, oggettivi e soggettivi, bensì da

¹²⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 122 ss; cfr. anche F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 73 ss; in senso parzialmente difforme G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 84, 286 ss.

valutazioni di politica criminale svolte dal legislatore, verosimilmente volte a limitare il fenomeno della medicina difensiva.

Un secondo orientamento, invece, più diffuso in dottrina che in giurisprudenza, tende a ricondurre l'art. 590-*sexies* nell'alveo delle cause di esclusione della colpevolezza o scusanti. In quest'ultima ipotesi sarebbe possibile pensare ad una interpretazione analogica dell'art. 590-*sexies*, tenuto conto degli ultimi orientamenti giurisprudenziali che stanno sempre più valorizzando i principi di colpevolezza e inesigibilità della condotta alternativa doverosa nei giudizi di responsabilità penale¹²⁶.

5. Giustizia riparativa in ambito medico. Una possibile risposta al contenzioso sanitario

La giustizia riparativa – *restorative justice* – sta trovando gran voce anche in tempi relativamente recenti, grazie alle riforme in materia di giustizia, attuative del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

La giustizia riparativa può essere considerata come un metodo alternativo di risoluzione delle controversie in materia penalistica, mediante l'instaurazione di un *trial*, non più improntato sulla dinamica colpevolezza/condanna, ma sul dialogo tra reo e parte offesa. Si tratta di mettere da parte la logica del castigo, proponendo una visione relazionale del conflitto connesso al reato, allo scopo di promuovere la riconciliazione tra la vittima e il carnefice e, contestualmente, riparare il danno conseguente al reato¹²⁷.

¹²⁶ Cass. SS.UU., n. 10381 del 26 novembre 2020.

¹²⁷ E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in *La Legislazione Penale*, 2021, p. 1 ss.; cfr. anche G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*. Giappichelli, Torino, 2017, p. 7 ss; M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 241 ss., dello stesso autore anche *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione e giustizia*, 20.10.2020, p. 2

Si assiste ad un capovolgimento della logica del processo penale tradizionale, incentrata – purtroppo – sull'imputato e non sulla parte offesa¹²⁸ che, per l'appunto, viene marginalizzata in tutto l'*iter* processuale. Ciò sembra ulteriormente confermato dalla circostanza che il sistema processuale odierno, proprio al fine di salvaguardare i diritti dell'accusato, è molto rigido e formale, impedendo ogni forma relazionale o dialogica tra parte offesa e imputato.

Eppure il reato non può essere più valutato e considerato nella sua valenza collettiva di danno alla società tutta. Il reato, invece, sembra avere una forte spinta individuale, inteso come condotta intrinsecamente dannosa e offensiva verso il titolare del bene protetto. Ed invero, la Direttiva UE n. 29/2012 sembra confermare ciò quando afferma che *“Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime. Come tali, le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta”*.

Questa nuova modalità mediante cui affrontare il contenzioso penale potrebbe essere una delle vie mediante cui ridurre il fenomeno della medicina difensiva e il relativo contenzioso penale.

Del resto, la strada seguita dal legislatore volta alla riduzione dell'area del penalmente rilevante sicuramente riduce il contenzioso e l'atteggiamento difensivo del personale sanitario, tuttavia non risulta essere sufficiente.

Incentivare i c.d. “programmi riparativi” potrebbe essere un'ottima soluzione al contenzioso medico. Ed invero, quello della responsabilità medica è un ambito dove vengono in rilievo beni fondamentali della persona, come la vita e l'integrità fisica, i

ss., reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato>.

¹²⁸ Ciò sembra confermato anche dalla dinamica processuale che vede la parte offesa come parte eventuale del processo. La parte offesa, infatti, può diventare parte processuale solamente qualora decida di costituirsi come parte civile nel processo penale, sempreché abbia subito anche un danno civile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

quali vengono affidati a un medico, mediante una relazione o “alleanza terapeutica” che si basa sulla speranza e sul *pactum fiduciae* tra medico e paziente. Di conseguenza, il verificarsi di eventi avversi rappresenta la rottura di questa alleanza, e colui che versa in colpa è il soggetto che, al contrario, avrebbe dovuto migliorare la situazione clinica di partenza¹²⁹.

Per tale ragione, uno degli obiettivi fondamentali della giustizia riparativa è quello di cercare una via alternativa di risoluzione del contenzioso, dando alla vittima (il paziente) uno spazio dove possa articolare le sue percezioni di ciò che è accaduto, la sofferenza, le aspettative e le emozioni provate.

Dall’altro lato, invece, l’accusato (il medico) avrà la possibilità, non solo di manifestare empatia e pentimento rispetto alla male causato, ma anche, e soprattutto, di spiegare le ragioni che stavano alla base della condotta illecita. Spesso, infatti, chi versa in colpa sente l’esigenza di dare delle spiegazioni, di illustrare le ragioni dell’errore commesso.

Il personale sanitario avrebbe la possibilità di spiegare le ragioni della condotta o dell’errore, esplicando la difficoltà intrinseca dell’intervento, la relativa incertezza scientifica o il contesto emergenziale in cui è stato realizzato, ovvero ancora la carenza degli strumenti tecnologici necessari per svolgere al meglio l’intervento.

Ciò, ovviamente, non esclude un’adeguata riparazione, che può essere declinata sia in senso economico – mediante la ristorazione monetaria – sia in senso materiale – mediante condotte che concretamente riducono o elidono completamente il danno, come lavori socialmente utili –, ma soprattutto in termini di umana comprensibilità.

Inoltre, in ambito sanitario, potrebbe funzionare anche la tecnica di riparazione mediante mediazione con vittima a-specifica. In certi reati, infatti, talvolta è molto complesso individuare l’autore del fatto illecito e, di conseguenza, sarebbe impossibile realizzare un incontro di mediazione; in altri casi, invece, una delle parti potrebbe non prestare il consenso alla mediazione.

¹²⁹ F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2014, p. 942.

Per ovviare a tale problema, è possibile organizzare degli incontri tra vittime e “carnefici” non correlati. Cioè tra vittime e autori di reati analoghi a quello subito.

La mediazione a-specifica, quindi, contempla un incontro di mediazione fra l’autore di un reato e la vittima di una vicenda criminosa diversa, ma analoga.

Si dà l’occasione, in questo modo, di aprire comunque uno spazio di narrazione e di riflessione sulle conseguenze generate da alcuni reati¹³⁰.

¹³⁰Stati Generali dell’Esecuzione Penale: Tavolo 13 - *Giustizia riparativa. Profili definitivi, tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*. Reperibile in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato3b.pdf.

CAPITOLO II

UNA (RI)LETTURA IN CHIAVE SOGGETTIVA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA PRINCIPIO DI INESIGIBILITÀ E CAUSE SCUSANTI: DALLA RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE ALL'ATTIVITÀ MEDICA D'ÉQUIPE

1. Il superamento del ristretto ambito di applicazione della causa di non punibilità introdotta con la legge Gelli-Bianco. La natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p.

Come già ampiamente illustrato, la diffusione del virus SARS-CoV-2, e la conseguente crisi del sistema sanitario, hanno riportato al centro del dibattito la questione concernente la natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p.

Del resto, un dibattito orientato all'elaborazione di uno scudo penale più efficace a protezione della classe medica, tenuto conto anche del contesto emergenziale sopravvenuto, non può prescindere da una indagine che abbia come obiettivo quello di inquadrare, sotto il profilo dogmatico e sistematico, la causa di non punibilità introdotta con la riforma Gelli-Bianco.

Le raffinate argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite nella sentenza Mariotti in tema di colpa grave e ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p., oltre ai già apprezzati ragionamenti sempre della Suprema Corte nella sentenza Tarabori circa l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. nel contesto penale-medico, hanno dato un nuovo *input* di discussione in tema di responsabilità medica¹³¹.

¹³¹ 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 *Dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 46.

Le nuove linee direttrici in materia di responsabilità medica sono orientate, adesso, ad una maggiore valorizzazione dei giudizi di colpevolezza e rimproverabilità del medico, alla luce del contesto in cui la condotta è stata tenuta. Una maggiore valorizzazione della misura soggettiva della colpa, abbiamo visto, dovrebbe essere quanto più opportuna alla luce di un contesto emergenziale, come quello dovuto alla diffusione del Coronavirus, che costringe i sanitari ad operare in condizioni critiche e clinicamente avverse.

In tal senso, sembra opportuno richiamare quell'orientamento giurisprudenziale che aveva esteso l'ambito di applicazione dell'art. 3 del decreto Balduzzi anche ai casi di colpa medica connotati da imprudenza e negligenza¹³². Riportare alla luce tale orientamento appare utile per indagare sull'ambito di applicazione della causa di non punibilità prevista con il decreto Balduzzi, raffrontandolo con quanto previsto, invece, con l'art. 590-*sexies* c.p.

Ed invero, i primi orientamenti giurisprudenziali affermavano che il limite della colpa grave fosse riferito alla sola imperizia, derivante della violazione delle *leges artis*. Con riferimento alla negligenza e all'imprudenza, invece, si riteneva che la valutazione dell'attività del medico dovesse essere guidata da criteri di ordinaria severità.

Nondimeno, è dato rilevare che alcuni orientamenti giurisprudenziali successivi al decreto Balduzzi (Cass. pen., n. 45527/2017; Cass. pen., n. 47289/2014) hanno evidenziato la possibile rilevanza esimente della colpa lieve anche rispetto a fattispecie non connotate da imperizia, bensì da negligenza. Non può escludersi, infatti, che talvolta le linee guida possano porre raccomandazioni inerenti alla diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino la sfera dell'accuratezza operativa nella prestazione delle cure, e non tanto quella dell'adeguatezza professionale¹³³.

¹³² Cass. pen., Sez. IV, n. 23283 del 2016 (reperibile in: https://archiviopcd.dirittopenaleuomo.org/upload/1465373443Cass_23283_2016.pdf).

¹³³ Cass. pen., Sez. IV, n. 23283 del 2016.

Del resto il discrimine tra le varie forme di colpa generica, imprudenza, negligenza e imperizia, è sempre stato non perfettamente lineare e a tratti magmatico, posto che si tratta di norme precauzionali tendenti a scongiurare pericoli connessi allo svolgimento di attività umane, ricavate da giudizi ripetuti nel tempo circa la pericolosità di determinati comportamenti¹³⁴.

La scienza penalistica, infatti, non offre indicazioni di ordine tassativo nel distinguere le diverse ipotesi di colpa generica.

Nel contesto medico l'indeterminatezza delle regole di diligenza è comprovata da una pluralità di obblighi eterogenei, come gli obblighi informativi posti a carico del capo dell'*équipe* chirurgica, obblighi informativi relativi all'omessa richiesta di intervento di specialisti da parte del terapeuta *etc.*

Cosicché, le considerazioni sin qui svolte, hanno portato la giurisprudenza ad affermare il seguente principio di diritto: “la limitazione di responsabilità, in caso di colpa lieve, può operare, per le condotte professionali conformi alle linee guida ed alle buone pratiche, anche in caso di errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dalla imperizia”¹³⁵.

Senonché il legislatore, nella fattispecie disciplinata dall'art. 590-*sexies c.p.*, introdotta con la legge Gelli-Bianco, quanto all'ambito di applicazione della causa di non punibilità, ha espressamente previsto il riferimento all'ambito dell'imperizia. Della bontà di tale previsione, verosimilmente volta a preservare la legittimità costituzionale dell'esimente, non accompagnata da un riferimento al grado della colpa, si è discusso molto, soprattutto in termini critici.

Il ristretto ambito di applicazione che emerge dall'esegesi della norma fatta dalle Sezioni Unite è dovuto essenzialmente ai seguenti elementi: l'evento deve essersi verificato a causa di una condotta connotata da colpa lieve; la colpa deve declinarsi nel senso dell'imperizia; l'errore scusato non è l'errore diagnostico, che concerne il momento di selezione delle linee guida, bensì solamente l'errore che riguarda

¹³⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 571.

¹³⁵ Cass. pen., Sez. IV, n. 23283 del 2016.

l'attuazione delle linee guida, purché queste siano adeguate al particolare quadro clinico del paziente¹³⁶.

Del resto, come era stato già osservato prima ancora dell'emanazione della legge Gelli-Bianco, si era già compreso da tempo che l'introduzione della nuova disciplina avrebbe fatto rimpiangere il decreto Balduzzi¹³⁷.

Ed invero, la scelta del legislatore di limitare l'ambito di applicazione della causa di non punibilità alla sola imperizia sarebbe figlia di una ingannevole concezione delle forme di colpa intese e studiate a compartimenti stagni, scevra da ogni valutazione che possa riguardare il contesto in cui la condotta è stata realizzata.

È innegabile, infatti, che l'addebito colposo vada effettuato con maggior rigore in un contesto ordinario, piuttosto che in un contesto emergenziale. Ciò che integra una fattispecie colposa grave in una situazione ordinaria, al più potrebbe integrare una fattispecie colposa lieve in un contesto emergenziale, perché esiste una stretta connessione tra la colpevolezza e la rimproverabilità soggettiva del professionista rispetto ai fattori esterni che ne hanno influenzato la condotta.

Per questo la restrizione dell'ambito di applicazione della causa di non punibilità alle fattispecie colpose connotate da imperizia è sembrata eccessiva, tanto da spingere parte della dottrina a interrogarsi se, specularmente a quanto avvenuto durante la vigenza del decreto Balduzzi, la Suprema Corte avrebbe rivisto i suoi orientamenti in tema di imperizia medica¹³⁸.

Nel contesto emergenziale dovuto alla diffusione del Coronavirus, far attendere nel *triage* esterno pazienti sintomatici bisognosi di cure, in forza di un criterio che regola gli ingressi nella struttura ospedaliera, ovvero ricoverare pazienti nei corridoi degli

¹³⁶ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giustizia insieme*, 27.5.2020, p. 4.

¹³⁷ 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*, p. 46.

¹³⁸ 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*, p. 46.

ospedali o in spazi non idonei, darebbe vita a condotte che in un contesto ordinario determinerebbero una colpa grave del professionista. Ed invero, è palese che tale colpa non potrebbe essere riferita all'imperizia, bensì alla negligenza ovvero all'imprudenza.

Si potrebbe affermare, sulla scorta di un principio ben conosciuto soprattutto nell'ordinamento tedesco, che ciò che appare esigibile in un contesto ordinario – con non poche difficoltà di individuare cosa è ordinario e cosa non lo è – non sembra esigibile in un contesto emergenziale, o comunque connotato da contingenze che impediscono al soggetto agente (medico) di adeguarsi perfettamente al precetto.

Il principio di inesigibilità della condotta alternativa doverosa rappresenterebbe una nuova chiave di lettura della disciplina della responsabilità medica, dove la non punibilità deriverebbe dall'eccezionale compromissione della *voluntas agendi* del professionista sanitario¹³⁹.

Senonché, preliminarmente, sembra opportuno continuare quell'itinerario che, grazie ad una attività manipolativa del dettato normativo della riforma Gelli-Bianco, potrebbe portare ad una applicazione analogica dell'art. 590-*sexies* c.p.

Per il vero, le incertezze che lambivano la natura giuridica della causa di non punibilità di cui all'art. 3 del decreto Balduzzi, riguardano, adesso, anche la natura giuridica della fattispecie introdotta con l'art. 6 della legge n. 24 dell'8 marzo 2017, che ha collocato nella sistematica del codice penale la disciplina della responsabilità medica.

Ed invero, non è del tutto irrilevante sostenere che l'art. 590-*sexies* c.p. preveda una mera causa di non punibilità ovvero una causa di esclusione della colpevolezza (scusante).

Le conseguenze di un tale approdo sono sia teoriche che pratiche¹⁴⁰. Anzi, proprio in questa sede, verosimilmente, si gioca la partita fondamentale della disciplina della

¹³⁹ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, p. 9.

¹⁴⁰ La dicotomia tra cause di giustificazione e cause scusanti è acquisita e tutt'ora al centro del dibattito anglo-americano. Secondo la ricostruzione fatta da Fletcher, le cause di giustificazione determinerebbero una violazione "privilegiata" della norma penale, in quanto mediante la

responsabilità medica posto che una lettura in termini scusanti potrebbe effettivamente garantire una applicazione più ampia e flessibile del dettato normativo e, in tal modo, recuperare in termini ermeneutici ciò che la norma sembrerebbe non affermare testualmente e che, per il vero, ha perduto con riferimento al decreto Balduzzi.

Tuttavia, prima di addentrarci nei meandri di una discussione sicuramente sibillina e a tratti caotica, sembra opportuna una, comunque breve, premessa di carattere terminologico.

Tradizionalmente il legislatore nel descrivere una opportunità che farebbe venir meno l'esigenza di sanzionare l'autore di un fatto penalmente rilevante, utilizza – talvolta impropriamente – l'espressione “causa di non punibilità”¹⁴¹. Ed infatti, come spesso accade, con l'espressione causa di non punibilità o “Non è punibile chi”, il legislatore può fare riferimento a categorie giuridiche diverse dalle mere cause di non punibilità in senso stretto intese. La terminologia usata dalla dottrina farebbe riferimento alla distinzione tra cause di esenzione da pena e cause personali di esclusione della pena. Le cause di non punibilità rientrerebbero proprio nelle “cause di esclusione della pena”¹⁴².

scriminante si individuerrebbe un ambito ristretto dove la condotta – normalmente illecita – non è punibile, in quanto giustificata. Invece, le scusanti non modificherebbero il contenuto precettivo della norma di divieto, in quanto la condotta conserverebbe il suo carattere illecito, solo che il soggetto agente non potrebbe essere considerato responsabile per la violazione della norma. P. G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2000, pp. 577-578.

¹⁴¹ Si pensi alla scusante giudiziaria di cui all'art. 384 c.p. che, pur affermando che “*Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore*”, secondo un orientamento dottrinale consolidato esprimerebbe una causa scusante e non una mera causa di non punibilità. Per un ulteriore approfondimento: A. Spina, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010.

¹⁴² Cfr. G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 610 ss.

Senonché, si potrebbe fare riferimento a cause di esclusione del tipo della colpa, dell'antigiuridicità o della punibilità in senso stretto.

La dottrina prevalente¹⁴³ – non senza influenze derivanti dalla struttura del reato accolta – ha individuato e classificato tre diverse categorie di cause che determinerebbero la non punibilità del reo: a) le cause di giustificazione o scriminanti, nel codice penale disciplinate dagli artt. 50, 51, 52, 53 e 54 (rispettivamente, consenso dell'avente diritto; esercizio di un diritto e adempimento di un dovere; legittima difesa; uso legittimo delle armi; stato di necessità)¹⁴⁴; b) le cause di esclusione della colpevolezza o scusanti; c) le cause di esclusione della sola punibilità.

Proprio con riferimento alle cause di esclusione della punibilità, nella ricostruzione di Vassalli¹⁴⁵, ci si interroga sul fondamento della categoria delle cause oggettive di esclusione della punibilità, con riferimento agli elementi costitutivi del reato (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza). Ed invero, se già nella cornice degli elementi costitutivi del reato sia possibile individuare una ragione della non punibilità, le cause di esclusione della punibilità oggettive non avrebbero ragion d'essere. Se, invece, nessun elemento del reato dovesse venir meno, allora troverebbe conferma l'esistenza e la necessità di cause oggettive di esclusione della punibilità, esterne alla struttura del reato, operanti nel solo momento sanzionatorio. In tutti i casi in cui viene meno il disvalore giuridico e sociale della condotta, deve venir meno uno degli elementi della struttura del reato. Laddove ciò non accade, allora, la non punibilità poggerrebbe su

¹⁴³ M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.

¹⁴⁴ Sulla natura dello stato di necessità oggi si sono consolidati orientamenti diversi, anche e soprattutto a causa di influenze di stampo germanico. Cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, cap. IV e cap. VI; E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "Impossibile" ed "Inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2001.

¹⁴⁵ G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, p. 615 ss.

ragioni esterne, inerenti al solo momento sanzionatorio e al potere punitivo dello Stato¹⁴⁶.

Con riferimento alla responsabilità medica, i due orientamenti maggioritari, sia per quanto riguarda l'art. 3 del decreto Balduzzi che per l'art. 590-*sexies* c.p., proponevano due soluzioni diverse, in quanto appariva controverso il collocamento di tali norme in una cornice oggettiva ovvero soggettiva¹⁴⁷. Il dubbio che deve essere sciolto, in poche parole, è se il medico non sia punibile ovvero non sia colpevole¹⁴⁸.

1.1 L'art. 590-*sexies* come causa oggettiva di non punibilità

Secondo un orientamento dottrinale, ad oggi tendenzialmente maggioritario in giurisprudenza, tanto l'art. 3 del decreto Balduzzi quanto l'art. 590-*sexies* c.p. introdotto con la legge Gelli-Bianco andrebbero ricondotti nell'alveo delle cause di non punibilità in senso stretto. Sicché si sarebbe in presenza di una causa di non punibilità per le ipotesi di colpa lieve nel rispetto di linee guida adeguate alle specificità del caso concreto.

La non punibilità del medico, secondo questa lettura, sarebbe il frutto di una scelta del legislatore dovuta a ragioni di politica criminale, al fine di porre un freno al fenomeno, ormai dilagante, della medicina difensiva. In tal senso, sarebbe evidente la volontà del legislatore di disegnare uno statuto della colpa medica diverso e più

¹⁴⁶ Cfr. anche G. PECORELLA, *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena*, in *Arch. pen.*, 2/2019, p. 8 ss.

¹⁴⁷ Senza alcun dubbio, può essere esclusa la natura scriminante dell'art. 590-*sexies*, posto che la condotta può essere considerata illecita in altri rami dell'ordinamento. Il legislatore, sempre nell'ottica dell'*extrema ratio* della sanzione penale, non ha voluto eliminare la possibilità di sanzionare l'errore medico mediante vie extrapenali, come quella del risarcimento dei danni.

¹⁴⁸ R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, in *Giur. pen.*, 9/2017, p. 2.

favorevole, individuando dei limiti alla responsabilità penale dei sanitari, spesso oggetto di orientamenti giurisprudenziali molto severi e mutevoli nel tempo¹⁴⁹.

La scelta di politica-criminale disegnerebbe uno spazio di non punibilità in favore del personale sanitario, di modo da garantire una maggiore libertà diagnostico terapeutica ed evitare l'effetto di "overdeterrence" medica, che limiterebbe le potenzialità assistenziali di tutto il sistema sanitario.

L'obiettivo sarebbe duplice. Da un lato si vuole garantire il diritto alla salute dei cittadini, declinato sia come diritto del singolo individuo che come interesse della collettività, come sancito dall'art. 32 della Costituzione. Dall'altro lato, non si vuole mortificare la professione medica, consentendo al personale sanitario di esplicare al massimo le proprie potenzialità professionali mediante adeguati spazi di iniziativa diagnostico-terapeutica, nell'ottica dell'alleanza terapeutica che contraddistingue il rapporto tra medico e paziente.

Tali obiettivi verrebbero perseguiti mediante uno strumento che l'ordinamento penalistico conosce bene, che è quello, per l'appunto, delle cause di non punibilità in senso stretto intese.

In particolare, il regime giuridico delineato a seguito di costruzioni dottrinali e giurisprudenziali di queste particolari condizioni di non punibilità si distingue nettamente dai regimi giuridici che, invece, caratterizzano le cause di giustificazione – o scriminanti – e le cause di esclusione della colpevolezza – o scusanti.

Le cause di non punibilità sono delle circostanze che lasciano intatta l'antigiuridicità del fatto e la colpevolezza dell'autore. Il reato sarebbe perfetto in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, e tuttavia, per valutazioni di opportunità che prescindono dal fatto umano realizzato, il legislatore potrebbe decidere che, date certe condizioni, la punibilità del soggetto venga esclusa¹⁵⁰.

¹⁴⁹ 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*, p. 41.

¹⁵⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 273.

Ebbene, il fatto che ci si interroghi sulla natura giuridica di una causa di non punibilità, non solo è sintomatico di una tendenziale indeterminatezza – se non indecisione – dell’attività di normazione del legislatore, ma altresì è sintomo della difficile riconducibilità di dette cause ad un regime giuridico particolare, che potrebbe essere quello delle scriminanti, delle scusanti o delle cause di non punibilità in senso stretto. Anzi, la formula generica “non è punibile” è usata dal legislatore proprio per non prendere posizione in merito, aprendo, pertanto, le strade all’interpretazione¹⁵¹.

Difatti, in tempi relativamente recenti, il legislatore ha fatto ricorso sempre più frequente alla categoria delle cause di non punibilità, proprio al fine di perseguire determinati interessi rilevanti per l’ordinamento o di politica criminale¹⁵².

¹⁵¹ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 863 ss.

¹⁵² A titolo esemplificativo, in tempi recenti il legislatore ha introdotto, con l’art. 1, comma 1 lett. r) della l. n. 3 del 9 gennaio 2019, l’art. 323-ter del codice penale, rubricato “Causa di non punibilità”, ai sensi del quale: “Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili.

La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma.

La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146”.

Questo è un esempio paradigmatico di causa di non punibilità in senso stretto, introdotta dal legislatore al fine di contrastare il fenomeno dilagante della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. Difatti, da una analisi strutturale della fattispecie emerge il chiaro intento di non

Beninteso, dal punto di vista processuale non può nascondersi l'intento deflattivo del contenzioso perseguito mediante la previsione di tali condizioni¹⁵³, in un sistema penale che presenta forti esigenze di smaltimento processuale a causa della enorme mole di procedimenti penali (civili e amministrativi) e del sistema giudiziario incapace di smaltirli¹⁵⁴.

Tali condizioni non giustificano e non scusano il fatto di reato, ma lo rendono semplicemente non punibile poiché, dall'applicazione della sanzione, potrebbero derivare degli effetti ancor più pregiudizievoli per altri interessi tutelati dall'ordinamento.

Si pensi, ad esempio, alla disciplina predisposta dall'art. 649 c.p., rubricato “*Non punibilità e querela della persona offesa, per i fatti commessi a danno dei congiunti*”. Secondo orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ormai granitici¹⁵⁵, anche questa

sanzionare un fatto di reato, già completo dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, individuando tutte le condizioni che devono sussistere ai fini dell'applicazione della non punibilità in esame.

Il reo, infatti, avrebbe già commesso il delitto, tuttavia il legislatore decide di premiare l'atteggiamento collaborativo e il ravvedimento operoso, prevedendo il “premio” della non punibilità, a patto che non fosse a conoscenza di attività di indagine svolte nei suoi confronti – che potrebbe far venir meno la genuinità del ravvedimento – e che fornisca indicazioni utili per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili.

¹⁵³ In tal senso, l'art. 129 c.p.p. prevede che “In ogni stato e grade del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza.

Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta”.

¹⁵⁴ F. PALAZZO, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 2019, p. 2.

¹⁵⁵ D. FALCINELLI, *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2021, p. 899 ss; anche F. PALAZZO, *Conviventi*

norma sarebbe espressione di una causa di non punibilità in senso stretto, frutto di una scelta di non punibilità fatta dal legislatore, in considerazione di altri interessi prevalenti. Tale norma prevede, infatti, la non punibilità di alcuni reati contro il patrimonio (quali il furto, danneggiamento, truffa o appropriazione indebita), qualora siano stati commessi all'interno del contesto familiare, quindi contro un coniuge, un ascendente o un discendente, un fratello o una sorella che siano conviventi con l'autore del fatto¹⁵⁶. Rispetto a tale causa di non punibilità entrano in gioco due interessi: l'interesse dello stato alla prevenzione e alla punizione dei reati contro il patrimonio, da un lato, e l'interesse alla salvaguardia dell'unità della famiglia, dall'altro. Il legislatore, forse ancorato ad una funzione istituzionale della famiglia non più attuale e coerente con i principi costituzionali che oggi guardano alla famiglia come una delle tante formazioni sociali ove si realizza la personalità dell'individuo, decide di far prevalere l'interesse dell'unità familiare, temendo che l'ingresso della giurisdizione penale possa determinare un danno – come la disgregazione della famiglia – superiore a quello cagionato dal reato stesso.

Ebbene, nella stessa logica di funzionamento rientrerebbe l'art. 590-*sexies* c.p., secondo questa interpretazione tradizionalmente data alla legge Gelli-Bianco. Le

more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita, in Sist. pen., 22.3.2021; cfr. Cass. pen., Sez. IV n. 39844 del 2012, la quale estende l'ambito di applicazione della causa di non punibilità anche qualora la persona offesa cui inerisce l'affinità sia divorziata dal coniuge e vi sia prole.

¹⁵⁶ “Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno:

1. del coniuge non legalmente separato;
2. di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato;
3. di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli artt. 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone”.

ragioni di punibilità del medico, in caso di errore connotato da colpa lieve ed imperizia, nel rispetto delle linee guida adeguate alle specificità del caso concreto, sarebbero recessive rispetto a una esigenza generale dell'ordinamento legata al contenimento del fenomeno della medicina difensiva, il quale incide direttamente sulla tutela della salute dei pazienti e sulla libertà diagnostico-terapeutica dei professionisti del settore sanità¹⁵⁷.

Senonché, ricondurre l'art. 590-*sexies* c.p. al regime giuridico delle cause di non punibilità in senso stretto, comporta delle conseguenze in punto di disciplina applicabile.

Dal punto di vista processuale, la non punibilità del medico dovrebbe portare ad una sentenza di assoluzione, ex art. 530 c.p.p., perché “*il reato è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per altra ragione*”. Tale formula assolutoria non è piena, ma anzi riconosce l'illiceità penale del fatto commesso dal soggetto agente, soltanto che, per ragioni di mera opportunità, non è punibile sulla scorta di quanto previsto dalla stessa legge.

Non solo, sembra opportuno interrogarsi anche sulla eventuale differente rilevanza dell'art. 59 c.p. con riferimento alle diverse categorie di condizioni che escludono la punibilità disciplinate dal legislatore.

Il primo comma dell'art. 59 c.p. stabilisce che “Salvo che la legge disponga altrimenti, le circostanze che aggravano ovvero attenuano o escludono la pena sono valutate, rispettivamente, a carico o a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti”.

Si parla, in tal senso, di “rilevanza puramente obiettiva” delle cause di non punibilità. Ed invero, rispetto alle cause di non punibilità in senso stretto, la rilevanza obiettiva sembrerebbe rilevare allo stesso modo delle cause di giustificazione¹⁵⁸.

¹⁵⁷ F. BASILE, P. F. POLI, *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 2022, p. 26. Reperibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/basile-poli-responsabilita-colpa-medica-cinque-anni-gelli-bianco>

¹⁵⁸ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 787.

Ciò che importa, infatti, è l'obiettiva esistenza della causa di non punibilità, e non l'effettiva conoscenza della stessa da parte del soggetto agente. È irrilevante che il soggetto agisca nella consapevolezza della non punibilità della condotta, essendo quest'ultima dipendente da una mera scelta legislativa, la quale prescinde da un giudizio di rimproverabilità soggettiva (al contrario di quanto accade, invece, per le cause scusanti).

Il comma 3 dell'art. 59 c.p., invece, disciplina la rilevanza del putativo¹⁵⁹, equiparando la situazione di chi agisce in presenza di una scriminante alla situazione di colui che confida erroneamente nella sua esistenza. Tale comma dispiegherebbe una efficacia diversa in relazione alla diversa natura della fattispecie che prevede la non punibilità.

È pacifico che sia giuridicamente accettata la rilevanza putativa delle cause di giustificazione. Senonché, la regola della rilevanza putativa sarebbe applicabile anche alle cause scusanti. Del resto, nell'ottica della *ratio* delle cause scusanti, ciò che rileva non è l'oggettiva esistenza di una condizione di non punibilità, ma il turbamento emotivo che ha disturbato la condotta del soggetto agente. Se tale turbamento vi è stato, perché riteneva di agire in forza di una scusante che tuttavia nel caso concreto non era realmente esistente, egli sarà pur sempre meritevole di essere giudicato in senso favorevole.

Al contrario, tale regola non troverebbe spazio nel caso delle cause oggettive di non punibilità, posto che queste operano obiettivamente a prescindere da una erronea rappresentazione del soggetto agente¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

¹⁶⁰ In senso conforme, M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale artt. 1-84*, Vol. I, ed. 3, Giuffrè, Milano, 2004; G. PECORELLA, *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena*, p. 15.

Con riferimento alla collocazione dell'art. 590-*sexies* nell'alveo delle cause di non punibilità in senso stretto, le conseguenze giuridiche discenderebbero dalle considerazioni sopra argomentate. Il medico, nell'esercizio della propria attività professionale, che ritenga sussistente la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p., quando in realtà è infondata, non potrà trovare applicazione perché sarebbe irrilevante la condizione putativa del sanitario. La mera rappresentazione sarebbe, in tal caso, insufficiente posto che la causa di non punibilità opera sul piano squisitamente oggettivo. Qualora, invece, il medico non dovesse essere consapevole o non dovesse conoscere la causa di non punibilità disciplinata dall'art. 590-*sexies*, essa troverà comunque applicazione qualora ne sussistano i presupposti di natura oggettiva.

Se, invece, la causa di non punibilità fosse ricondotta nell'alveo delle cause di esclusione della colpevolezza, rileverebbero gli stati soggettivi putativi ed incolpevoli ex art. 59, comma 4 c.p.¹⁶¹, posto che ciò che rileva non è l'oggettiva sussistenza della causa di non punibilità, ma la situazione soggettiva di turbamento che lo ha condotto all'errore scusato dall'ordinamento.

1.2 L'art. 590-*sexies* come causa di esclusione della colpevolezza o scusante

Sebbene l'orientamento che riconduce l'art. 590-*sexies* alle cause obiettive di non punibilità sia piuttosto consolidato, lo stato di emergenza dovuto al diffondersi dell'epidemia da SARS-CoV-2 ha riaperto il dibattito sulla sua natura giuridica.

L'emergenza epidemiologica ha dato, difatti, nuova linfa al dibattito sulla responsabilità medica, soprattutto con riferimento a quegli aspetti che attengono alla misura soggettiva della colpa medica, che possono dare una nuova chiave di lettura dell'art. 590-*sexies* c.p in termini scusanti.

¹⁶¹ R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, p. 3.

La categoria delle cause di esclusione della colpevolezza è complessa, ancora oggetto di studi e non completamente sviscerata, né dalla dottrina né dalla giurisprudenza nostrana¹⁶². L'eziologia dell'assenza di una teoria delle scusanti nella nostra tradizione penalistica, è essenzialmente dovuta alla concezione unitaria di elemento soggettivo e di colpevolezza e alle tendenze oggettivistiche che da sempre hanno sedotto la nostra dottrina¹⁶³.

Ciò sembra confermato anche dal codice penale attualmente vigente, che non menziona mai espressamente le “cause di esclusione della colpevolezza” o le “scusanti”, come per il vero non menziona mai espressamente le “scriminanti” o “cause di giustificazione”. Il codice penale per descrivere una qualsiasi fattispecie di non punibilità utilizza espressioni ampie e improprie, come “non è punibile” (art. 50: consenso dell'avente diritto; art. 52: difesa legittima) o “la punibilità è esclusa” come recita lo stesso art. 590-*sexies* c.p.

Ed invero, proprio con riferimento alla causa di non punibilità introdotta con la riforma Gelli-Bianco, posto che il legislatore ha optato per una scelta terminologica generica, in grado di comprendere tutte le varie categorie che dottrina e giurisprudenza elaborarono nel tempo, il criterio del *nomen* non può fornire ausilio alla nostra indagine

¹⁶² La differenza tra cause di giustificazione e cause scusanti viene così ricostruita da M. BARON, in *Justifications and Excuses*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, no. 2, 2005, pp. 387-388, “*The reason is that to say that an action is justified is to say (insofar as we focus on the action, rather than the agent) that though the action is of a type that is usually wrong, in these circumstances it was not wrong. To say that an action is excused by contrast, is to say that it was indeed wrong (and the agent did commit the act we are saying was wrong), but the agent is not blameworthy. The reason why the agent is not blameworthy can be something about the agent, something about the circumstances (conjoined with facts about humans in general), or both*”.

Invece, secondo una definizione data da D. HUSAK, in *Justifications and the Criminal Liability of Accessories*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, V. 80, 1989, pp. 496-497, “*By definition, if the facts that comprise the defense describe the defendant's act, they constitute a justification; if these facts describe the defendant himself, they constitute an excuse*”.

¹⁶³ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*. Giuffrè, Milano, 1991, p. 525.

circa la natura giuridica dello scudo penale, essendo necessario scavare sulle ragioni dogmatiche della non punibilità¹⁶⁴.

Senonché, con riferimento ai motivi per cui l'ordinamento può escludere dalla pena un determinato soggetto, le circostanze che escludono la pena hanno trovato una loro tendenziale sistematica¹⁶⁵, in quanto riconducibili a tre diversi ordini di valutazione da

¹⁶⁴ La natura storica del dibattito e le incertezze circa la collocazione delle circostanze che escludono la pena nella struttura del reato, appaiono confermate dagli stessi lavori preparatori al codice Rocco del 1930. Il Ministro Guardasigilli, illustrando l'allora art. 63, corrispondente all'attuale art. 59 del c.p., che disciplina le circostanze non conosciute o erroneamente supposte, afferma che "Una netta distinzione doveva anzitutto farsi tra aggravanti e attenuanti da un lato e esimenti dall'altro. Sotto la denominazione di circostanze che escludono la pena, il Progetto comprende tutte le circostanze che escludono il reato, ovvero la pena, lasciando alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale il determinarne la esatta classificazione, assai difficile in un Codice. [...] Forse, alle circostanze che escludono il reato, conveniva meglio la denominazione di «cause», perché esse, in sostanza, escludono uno degli elementi costitutivi, generali o speciali, del reato, il quale, per effetto di tali circostanze o cause, non esiste più soggettivamente o oggettivamente", in *Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto. Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume V, Relazione sul Libro I del Progetto, p. 105.

¹⁶⁵ Sintomatica della incertezza che regna in materia, è la diversità di approccio tenuto dalla Commissione Pagliaro (1988) e dalla Commissione Grosso (1998), per il progetto di modifica al codice penale.

La Commissione Pagliaro aveva individuato, accanto alle cause di giustificazione, una categoria autonoma che ha definito "*cause soggettive di esclusione della responsabilità*", caratterizzate da un elemento soggettivo incompatibile con una consapevolezza o rimproverabilità del soggetto agente. In tal caso non rileva il bilanciamento dei beni tipico delle cause di giustificazione, ma solamente "*un'ovvia e necessaria considerazione della situazione soggettiva dell'agente*". Così, la Commissione Pagliaro si accingeva al superamento dello stato di necessità scriminante, declinandolo nella doppia veste, soggettiva e oggettiva.

Senonché, la successiva Commissione Grosso, con riferimento allo schema di legge-delega Pagliaro, critica tale ricostruzione, in quanto porterebbe a uno sdoppiamento dello stato di necessità, preferendo mantenere intatto l'impianto unitario del codice in vigore.

cui scaturiscono tre tipologie di circostanze¹⁶⁶: cause di giustificazione (o scriminanti), cause di esclusione della colpevolezza (scusanti) e cause di non punibilità in senso stretto intese.

Ha senso, allora, interrogarsi su quale possa essere la funzione che l'art. 590-*sexies* possa svolgere, all'interno della struttura del reato – di lesioni colpose o omicidio colposo – commesso dal medico, stante la sua rinnovata, quanto ambita qualificazione giuridica in termini scusanti.

Secondo un orientamento dottrinale consolidato, mentre la categoria delle cause di giustificazione apparterebbe al piano dell'antigiuridicità – escludendo l'illiceità stessa del fatto –, quella delle scusanti, invece, apparterebbe al piano della colpevolezza normativa¹⁶⁷, in quanto inciderebbe sul giudizio di rimproverabilità e esigibilità della condotta tenuta dal reo.

Relazione Commissione Pagliaro reperibile in:
<http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm#:~:text=la%20Commissione%20ministeriale%2C%20nominata%20con,di%20un%20nuovo%20codice%20penale.>

Relazione Commissione Grosso reperibile in:
[http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionegrosso.htm.](http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionegrosso.htm)

¹⁶⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 272; anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, da p. 255 a 258 e da p. 296 a 204.

¹⁶⁷ La diversa collocazione delle cause di giustificazione e delle cause scusanti implica notevoli conseguenze in punto di disciplina ed istituti applicabili. Si pensi, ad esempio, alla legittima difesa: sarà possibile reagire in legittima difesa ad una condotta scusata – posto che questa, ancorché scusata, rimane pur sempre illecita – mentre, al contrario, non sarà possibile reagire in legittima difesa ad una condotta scriminata, dato il giudizio di conformità di tale condotta rispetto ai principi generali dell'ordinamento. Cfr. E. VENAFRO, *Scusanti*. Giappichelli, Torino, 2002, p. 1 ss.; VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 311 ss.; anche C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, trad. it. a cura di S. Moccia, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

Le scusanti presuppongono un fatto di reato completo, tanto nei suoi elementi oggettivi quanti nei suoi elementi soggettivi. Un fatto tipico, antiggiuridico, doloso o colposo, commesso da un soggetto che, ciononostante, viene esentato da pena per l'impossibilità di muovergli un rimprovero soggettivo¹⁶⁸. Nel giudizio di responsabilità penale, le cause scusanti darebbero spazio al turbamento soggettivo che ha determinato la condotta del soggetto agente, che non si sarebbe potuto altrimenti determinare.

Da questo punto di vista la categoria delle cause scusanti potrebbe ben sposarsi, allora, con la fattispecie delineata dall'art. 590-*sexies* c.p.¹⁶⁹.

Affermare, infatti, che la ragione della non punibilità di una condotta medica – lievemente colposa, imperita e conforme alle *leges artis* – risieda in una mera ragione di opportunità politico-criminale non sembra del tutto condivisibile. Certamente vera è la circostanza che l'esimente di cui all'art. 590-*sexies* sia stata predisposta con l'intento di contrastare, l'ormai dilagante, fenomeno della medicina difensiva. Senonché, dalla struttura della norma che comunque richiede il rispetto delle linee guida e dall'applicabilità della regola di giudizio o massima di esperienza di cui all'art. 2236 c.c., pacificamente applicabile anche al contesto medico-penale, le ragioni della non punibilità sembrano poggiare su di una valutazione diversa della condotta del sanitario, che denoterebbe un *deficit* di colpevolezza, che farebbe venir meno la rimproverabilità soggettiva per l'errore commesso. Conseguenza di ciò, l'inutilità della sanzione alla luce della funzione rieducativa *ex art. 27 Cost.*

¹⁶⁸ E. VENAFRO, *Scusanti*, p. 1 ss.

¹⁶⁹ Sull'incerto incasellamento dell'art. 590-*sexies* cfr. P. M. CAPUTO, F. CENTONZE, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo delle interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017, p. 369, dove si ritiene che l'art. 590-*sexies* si muova “a cavaliere tra l'esclusione del tipo, l'incisione della colpevolezza e l'operatività di una causa di non punibilità *tout court*”; anche F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2017, p. 576, in R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, p. 3.

In forza di questa lettura, il medico non sarebbe punibile perché non sarebbe rimproverabile la condotta di colui che, pur avendo commesso un errore, abbia agito nel rispetto e con l'intento di adeguarsi alle linee guida codificate¹⁷⁰.

L'art. 590-*sexies* riconosce un difetto di colpevolezza nella condotta del sanitario che, pur commettendo un errore, si sia adeguato alle linee guida o, in loro assenza, alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il medico, ancorché abbia commesso un errore, agisce in modo non rimproverabile perché in conformità alle regole che governano l'*ars medica*.

Inoltre, con riferimento alla condotta del medico conforme alle linee guida ma al tempo stesso imperita, è stato chiarito – tanto da giurisprudenza quanto da dottrina – che è ben possibile che il medico si attenga alle linee guida ma erri nella loro esecuzione. Del resto ciò che scusa l'art. 590-*sexies*, anche secondo quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Mariotti¹⁷¹, è proprio l'aver tentato di seguire le linee guida e l'aver errato con imperizia nel farlo.¹⁷²

La non punibilità non sarebbe il frutto di una valutazione di mera opportunità, bensì l'esito di una considerazione maturata già con il previgente decreto Balduzzi: che l'errore medico commesso nell'esecuzione di linee guida appropriate al caso concreto è meritevole di scusa, stante la volontà del sanitario di adeguarsi alle regole dell'*ars medica*, anche in considerazione delle contingenze esterne che lo avrebbero potuto indurre in errore.

¹⁷⁰ R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-sexies c.p.*, p. 4.

¹⁷¹ Cass., SS.UU., n. 8770/2018.

¹⁷² In tal senso F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2017; cfr. anche R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-sexies c.p.*, p. 5.

Le linee guida hanno un contenuto squisitamente cautelare e preventivo del rischio¹⁷³. Le fasi della scelta e dell'esecuzione delle linee guida non devono avvenire in maniera automatica o meccanica, secondo quanto prescritto dalla legge. È vero, infatti, che la codificazione delle *leges artis* promosso dalla riforma Gelli-Bianco ha, almeno in parte, colmato quel *deficit* di determinatezza e imprecisione circa il generico riferimento alle linee guida presente nel previgente decreto Balduzzi, ma è anche vero che queste devono essere applicate purché “risultino adeguate alle specificità del caso concreto”. Proprio questa clausola di adeguatezza sembra codificare quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui le linee guida non corrispondono a regole cautelari in senso stretto. Anzi, tale clausola impone un obbligo giuridicamente vincolante nei confronti del medico, di discostarsi dalle linee guida quando non adeguate al caso concreto.

In tal senso, il legislatore valorizzerebbe, da un lato, la volontà del medico di operare in conformità con quanto prescritto dalle linee guida pubblicate ai sensi di legge e, dall'altro, il contesto d'azione e le circostanze esterne che lo hanno condotto inevitabilmente all'errore.

Alla luce di tali considerazioni, occorre, pertanto, ricostruire l'effetto scusante dell'art. 590-*sexies* alla luce delle caratteristiche del caso concreto¹⁷⁴.

La rilettura svolta alla luce del principio di colpevolezza dell'art. 590-*sexies*, allontana lo scudo penale dalle categorie cui veniva tradizionalmente ricondotto. L'esimente non troverebbe più fondamento nella *ratio* delle cause di non punibilità in senso stretto, ma nella logica delle cause scusanti. La logica delle scusanti, infatti, tende a valorizzare quelli che sono stati gli elementi esterni, contestuali alla condotta, che hanno giocato un ruolo fondamentale nella causazione dell'errore medico.

¹⁷³ R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, p. 4.

¹⁷⁴ R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, p. 14.

In tal senso, è opportuno rammentare che, una delle ricostruzioni più efficaci, in termini differenziali tra cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto è nata in Germania, grazie agli scritti di Reinhard Frank e James Goldschmidt¹⁷⁵, risalenti agli ultimi anni del XIX secolo e ai primi anni del XX secolo.

La ricostruzione di R. Frank, ebbe il pregio di ricostruire il ruolo delle cause scusanti grazie all'esame della dicotomia cause di giustificazione/cause scusanti, introducendo il concetto di “normalità delle circostanze concomitanti”¹⁷⁶. Grazie agli studi di Frank, ci è stata trasmessa una lettura della colpevolezza che non si concretizza nel mero rapporto di adesione psichica tra soggetto agente e fatto, ma nella verifica del giudizio di riprovevolezza della condotta anche alla luce di tutte le circostanze che fanno da cornice all'azione. Da qui, la colpevolezza come unione di più elementi, tra cui dolo e colpa, imputabilità e normalità delle circostanze concomitanti all'azione¹⁷⁷.

L'allitterazione del processo motivazionale del soggetto agente, nel giudizio di responsabilità penale, sembra avere una sua attualità anche in un ordinamento come il nostro, che ripudia tutte le forme di responsabilità oggettiva, poiché la colpevolezza non sembra sacrificabile in nome di altre esigenze di politica criminale, essendo

¹⁷⁵ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, I ed., 1897 e J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, Wien, 1913, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p 151 ss.

¹⁷⁶ Alla “normalità delle circostanze concomitanti” possono essere ricondotte le cause scusanti o cause di esclusione della colpevolezza, le quali farebbero emergere un processo motivazionale (*Willensbildung*) anormale o atipico, che ha portato l'autore al compimento del fatto, diverso da quello che avrebbe realizzato a condizioni normali.

¹⁷⁷ Quella che Frank definiva la “normale struttura delle circostanze nelle quali l'autore agisce”, “Die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt”, R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Ed. 18, Tübingen, 1931, Vorb. Vor § 51, p. 144, in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 31.

necessario che il processo motivazionale che ha portato il soggetto agente ad agire sia stato quanto più libero dall'incidenza di fattori esterni. Qualora questi fattori esterni dovessero incidere sulla determinazione finale dell'autore, se ne dovrà tenere conto in sede di giudizio finale di responsabilità penale¹⁷⁸.

In tal senso, la lettura dell'art. 590-*sexies* in termini scusanti implica un forte aggancio della disciplina della responsabilità medica alla valorizzazione del contesto sanitario, che potrebbe incidere in senso negativo sul processo motivazionale del sanitario, tenuto conto, altresì, della intrinseca difficoltà dell'attività diagnostico terapeutica eseguita.

Lo storico riferimento fatto dalla giurisprudenza all'art. 2236 del c.c. è paradigmatico di una necessaria misurazione soggettiva della colpa medica. Si dovrebbero valorizzare, invero, vere e proprie condizioni di inesigibilità¹⁷⁹ anche in campo medico, situazioni di fatto in cui venga meno o sia compromessa la capacità del medico di osservare la regola cautelare, ovvero di eseguirla secondo gli ordinari *standard* di diligenza, prudenza e perizia.

Porre l'accento sulle peculiarità del caso concreto consente all'organo giudicante di valutare tutti i fattori concomitanti alla condotta medica, così da effettuare quella

¹⁷⁸ La ricostruzione della teoria delle scusanti – ancorata necessariamente ai presupposti differenziali rispetto alle cause di giustificazione – arriva a compimento con gli scritti di J. Goldschmidt, nel 1913. Si osserva come Goldschmidt sia stato il primo ad aver compreso l'impossibilità di ricondurre nell'ambito di un'unica norma tanto la valutazione giuridica del fatto quanto la colpevolezza dell'autore per quello stesso fatto. Egli, difatti, distingueva un doppio contenuto della norma penale: a) la “norma giuridica”, inerente la condotta esterna del soggetto (*Rechtsnorm*); b) la “norma di dovere”, inerente la condotta interna del consociato e i suoi motivi ad agire (*Pflichtnorm*). Ecco che, mentre le cause di giustificazione opererebbero sul piano della norma giuridica, facendo venir meno il contrasto della condotta esterna con l'ordinamento, le scusanti rileverebbero sul piano della norma di dovere, in quanto farebbero venir meno la colpevolezza, ossia il contrasto tra la condotta e la norma di dovere.

¹⁷⁹ C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”*: un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, p. 347.

personalizzazione del giudizio necessaria per muovere un concreto giudizio di responsabilità del medico. Così come aveva fatto il decreto Balduzzi con il riferimento espresso alla colpa lieve, anche con l'art. 590-*sexies* c.p., per come integrato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, si introdurrebbe una limitazione della responsabilità del personale sanitario per colpa lieve per effetto di cause che inciderebbero sul parametro della colpevolezza, tanto da rendere non rimproverabile l'errore medico¹⁸⁰.

La situazione clinica disperata in cui il paziente versa nel momento in cui arriva in pronto soccorso, che richiede una rapidità di giudizio incompatibile con i necessari accertamenti pre-operatori per individuare la strategia terapeutica più opportuna, l'assenza di macchinari all'avanguardia, la mancanza di personale specializzato nei reparti, i turni di lavoro talvolta troppo lunghi e il conseguente stress da stanchezza, sono tutti elementi concomitanti alla condotta medica che farebbero perdere al soggetto agente la “piena signoria del fatto”, e di rispondere prontamente alle esigenze del paziente.

Tali considerazioni sarebbero ancor di più vevoli in un contesto emergenziale come quello determinato dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, il quale ha compromesso, talvolta totalmente, la libertà di scelta del personale sanitario, rendendo inesigibili condotte che, in un contesto ordinario, sarebbero state, invece, opportune e doverose.

In tal senso, le cause scusanti, cui può essere ricondotto anche l'art. 590-*sexies*, sarebbero la concretizzazione, sul piano giuridico, di valutazioni che concernono la colpevolezza – dolosa o colposa – del soggetto agente, qualora l'azione si inserisca all'interno di un contesto e di contingenze esterne che determinano quel turbamento emotivo capace di incidere sul processo motivazionale che porta l'agente a tenere una condotta (o a commettere un errore) che, a condizioni normali, non avrebbe ugualmente tenuto.

¹⁸⁰ C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”*: un'analisi critica, p. 347.

La natura scusante dell'art. 590-*sexies* c.p. troverebbe un ulteriore appiglio nell'art. 3, del d.l. n. 44 del 2021, che disciplina il c.d. “scudo penale” contro l'attività di vaccinazione contro il Coronavirus. Come già detto, la natura giuridica di tale norma andrebbe collocata, anch'essa, nell'alveo delle cause scusanti, circostanza confermata dalla relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, la quale afferma che “data la sicura incidenza del *novum* legislativo sul profilo colposo (e non già sul profilo esterno della mera punibilità), pare meritare allora condivisione quella dottrina secondo cui la norma *de qua*, per come formulata, sembra costituire (non una causa di non punibilità in senso stretto bensì) una causa di esclusione della colpevolezza e, dunque, una scusante, con conseguente suo rilievo anche in caso di erronea supposizione (art. 59, comma 4, cod. pen.) – la quale presuppone la sussistenza di un nesso eziologico tra l'inoculazione e la morte o le lesioni che ne siano derivate escludendosi qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa (anche grave) qualora siano rispettate le altre condizioni ivi descritte”¹⁸¹.

Ed invero, a sostegno della tesi scusante, dal punto di vista strutturale, il legislatore ha deciso di costruire l'art. 590-*sexies* in senso verticale, prevedendo una esimente che operi soltanto nell'ambito dell'imperizia, indipendentemente dalla natura e dalla gravità dell'errore¹⁸², oltre che dal grado della colpa¹⁸³. La norma dispiegherebbe un'efficacia scusante solamente allorché la condotta medica sia caratterizzata dall'applicazione delle raccomandazioni contenute in linee guida pubblicate ai sensi di legge ovvero, in via sussidiaria, di buone pratiche clinico-assistenziali. Inoltre, tale

¹⁸¹ Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, Servizio penale, p. 11.

¹⁸² R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-*sexies* c.p.*, p. 5.

¹⁸³ L'art. 3 del decreto Balduzzi, invece, era strutturato in senso orizzontale, in quanto veniva scusato l'errore dovuto a imperizia, negligenza o imprudenza, purché riconducibile nell'alveo della colpa lieve.

efficacia, è agganciata ad un giudizio di adeguatezza delle linee guida alle caratteristiche del caso concreto.

A ciò si aggiunga che la successiva attività manipolatrice della giurisprudenza delle Sezioni Unite ha ulteriormente limato quest'ambito di applicazione, reintroducendo il limite della colpa lieve.

Una sorta di ridefinizione dei confini della colpevolezza medica che sembra confermare, in realtà, che non si tratterebbe di una mera causa di non punibilità di natura oggettiva, ma di una vera e propria scusante, ricostruita sulla scorta di tre elementi strutturali portanti, uno testuale e gli altri di matrice pretoria: 1) l'adeguamento della condotta medica alle linee guida pertinenti al caso concreto, che farebbe venir meno la colpevolezza di una condotta che, seppur connotata da errore, risulta conforme alle regole fondamentali dell'*ars medica*; 2) che l'errore riguardi, non tanto la fase della scelta, bensì quello dell'esecuzione delle linee guida; 3) il grado lieve della colpa.

Tenendo conto di quanto affermato, sarebbe più opportuno parlare, con riferimento all'attività manipolativa svolta della giurisprudenza, di una ripermutazione della colpevolezza in ambito medico. L'art. 590-*sexies* c.p., a determinate condizioni scuserebbe l'errore medico, rendendo non colpevole una condotta che conserva i connotati della tipicità e dell'antigiuridicità. L'ordinamento non ritiene colpevole, e quindi rimproverabile, il medico che, in un determinato contesto, pur nell'osservanza delle linee guida o delle buone pratiche, sia stato "spinto" ovvero "condotto" all'errore.

Sotto tale luce, l'art. 590-*sexies* c.p. sarebbe una scusante applicabile anche alla luce del più generale principio di inesigibilità, che considera non punibile la condotta del medico quando questo non abbia potuto eseguire correttamente le linee guida. L'art. 590-*sexies*, sul solco generale tracciato anche dalla dottrina tedesca, escluderebbe la punibilità per mancanza di rimproverabilità soggettiva, rispetto ad un errore medico che conserva i suoi connotati oggettivi di illiceità¹⁸⁴.

¹⁸⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 361.

Così, senza sostenere che l'inesigibilità possa assurgere al rango di causa extralegale di esclusione della colpevolezza¹⁸⁵, non si può negare, tuttavia, che tale principio sia ormai divenuto immanente nel nostro ordinamento, accolto quale fondamento di talune cause scusanti espressamente previste dal legislatore¹⁸⁶, quali, per ciò che interessa in questo momento, l'art. 590-*sexies*. Tale norma risponderebbe alla logica generale di tutte le cause di esclusione della colpevolezza, in quanto rappresentativa di una lesione oggettiva del bene protetto dalla norma, non altrettanto declinabile in termini di conflitto soggettivo tra l'autore del fatto e l'ordinamento. Ciò accade quando il medico (reo) non poteva determinarsi altrimenti, circostanza che dovrà essere verificata mediante un "giudizio individualizzante" e soggettivo, capace di vagliare la reale rimproverabilità del soggetto agente¹⁸⁷.

Alla luce di tali considerazioni, l'attuale ambito di applicazione descritto dall'art. 590-*sexies* c.p. non appare coerente con quella che doveva essere la sua originaria funzione, cioè quella di individuare situazioni in cui la condotta medica, non essendo

¹⁸⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, pp. 426-427; in merito cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1990; E. VENAFRO, *Scusanti*, p. 18 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 361; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 279 ss.

¹⁸⁶ Tale argomentazione è avvalorata, oggi, dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, pronunciandosi sulla natura giuridica dell'art. 384 c.p. e sull'applicazione analogica anche al convivente *more uxorio*, hanno affermato che "*l'esimente in questione costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della "inesigibilità" di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione. [...] La causa di esclusione della colpevolezza di cui al citato art. 384 è espressione del principio generale contenuto nell'art. 27 Cost. (Corte cost. n. 364 del 1988), tale da giustificare un'applicazione analogica nei casi simili*".

¹⁸⁷ Sul rapporto tra scusanti, individualizzazione del giudizio e rimproverabilità del soggetto agente, P. WESTEN, *An attitudinal theory of excuse*, in *Law and Philosophy*, Vo. 25, 2006, pp. 335-336.

colpevole in quanto perfettamente aderente alle regole dell'*ars* medica, non sia punibile perché non rimproverabile¹⁸⁸.

Sostanzialmente, si tratterebbe di una responsabilità colposa, ma non anche per questo colpevole.

Una volta ricondotto il regime giuridico dell'art. 590-*sexies* c.p. nell'alveo delle cause di esclusione della colpevolezza, ha senso interrogarsi sulla possibile applicazione analogica della scusante in questione, al fine di allargare le maglie di una non punibilità ritenuta dannosamente indeformabile.

2. L'applicazione analogica delle scusanti: norme eccezionali? Spunti a partire da Cass., SS.UU., 16 marzo 2021, n. 10381, sull'art. 384 c.p.

La chiave di lettura prospettata nel precedente paragrafo, che ricostruisce la causa di non punibilità prevista dall'art. 590-*sexies* c.p. in termini scusanti, consente di aprire un varco per ulteriori argomentazioni, soprattutto per ciò che concerne le conseguenze giuridiche che scaturirebbero da tale inquadramento sistematico.

Una delle critiche da sempre avanzate nei confronti dello scudo penale introdotto con la riforma Gelli-Bianco riguarda, per l'appunto, il ristretto ambito di applicazione della causa di esenzione da pena che deriverebbe, non solo dall'essere circoscritta alle sole condotte connotate da imperizia, escludendo quelle riferibili agli ambiti della negligenza e dell'imprudenza, ma altresì perché l'unico errore contemplato sarebbe

¹⁸⁸ Sempre nello stesso senso, sulla natura giuridica dello scudo penale introdotto però con il decreto Balduzzi si era già espressa conformemente parte della dottrina, sostenendo che “*la limitazione della responsabilità colposa prevista dall'art. 3, comma 1°, del decreto Balduzzi, discenda direttamente dall'operatività di una scusante soggettiva capace di far venir meno, in situazioni particolari, la colpevolezza quale elemento strutturale del reato*”. Cfr. C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”*: un'analisi critica, cit. p. 348.

l'errore esecutivo, escludendo dal novero della non punibilità l'errore diagnostico o valutativo (c.d. imperizia *in eligendo*)¹⁸⁹.

Da un lato, infatti, si è già argomentato come la perizia, pur potendo essere definita come il “*connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto*”, non esaurisce l'ambito dove la condotta del sanitario possa determinare un errore scusabile – a ciò si aggiunga le non sempre chiare differenze ontologiche tra imperizia, imprudenza e negligenza, che spesso, soprattutto negli uffici di procura, determinano una truffa delle etichette, per evitare di incorrere in errori giudiziari derivanti dalla non corretta qualificazione del fatto¹⁹⁰.

Tale aspetto è ben conosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui “è noto che la effettiva riconoscibilità di tre diverse forme di comportamento colposo (a lato restando la colpa specifica) non trova concorde la dottrina, divisa tra quanti ritengono che in realtà la colpa si risolva comunque in una negligenza e quanti sostengono la realtà della distinzione. Rilevante, perché trova conferma nella realtà effettuale, l'opinione che segnala la frequente difficoltà di distinguere, in specie in ambito medico, “il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta [...]. Allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offre uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l'ambito di operatività della novella sulla responsabilità sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili

¹⁸⁹ A. MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 2020, p. 30.

¹⁹⁰ Cfr. R. LUCEV, *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull'articolo 590-sexies c.p.*, p. 5; A. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013, p. 3.

della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela"¹⁹¹.

Ebbene, alla luce di questo quadro rappresentativo delle incertezze dogmatiche ancora vive sulla colpa, è opportuno interrogarsi al fine di individuare strade che possano sganciare l'esenzione da pena del personale sanitario dalle sole fattispecie connotate da imperizia.

In secondo luogo, invece, l'errore esecutivo non sembra l'unico errore meritevole di essere scusato. Soprattutto nella situazione pandemica, si è visto che il contesto frenetico dovuto all'emergenza sanitaria o al quadro clinico critico del paziente impongono al medico di operare una scelta terapeutica in brevissimo tempo. Ciò comporta una improvvisa accelerazione della fase diagnostica che, inevitabilmente, aumenta le probabilità di errore valutativo o diagnostico che concerne la fase di scelta delle linee guida pertinenti al caso concreto, concretizzandosi in una fase che precede l'esecuzione delle stesse linee guida. Tale argomentazione, in realtà, appare coerente non solo con il contesto emergenziale pandemico, ma anche con le singole realtà emergenziali che di volta in volta possono concretizzarsi nella quotidianità delle strutture ospedaliere.

Senonché, la strada per individuare uno spazio di applicazione più ampio alle cause scusanti è già stata individuata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, con la sentenza n. 10381 del 17 marzo 2021¹⁹². In tale sentenza il Supremo collegio è stato chiamato a risolvere la questione circa l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 384 c.p. anche al convivente *more uxorio*¹⁹³.

¹⁹¹ Cass. pen., IV Sez., n. 15285 dell'11 febbraio 2020.

¹⁹² Cass. SS.UU., n. 10381 del 17 marzo 2021, reperibile in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2021/03/ssuu-2021-10381.pdf>.

¹⁹³ "1. Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore.

L'orientamento giurisprudenziale – prima prevalente – escludeva l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio* per una serie di ragioni. Quella che interessa maggiormente ai fini della nostra indagine, concerne la natura giuridica dell'art. 384 c.p. Non c'è da sorprendersi, alla luce di tutte le argomentazioni svolte da dottrina e giurisprudenza sulla natura giuridica dell'art. 590-*sexies*, che il perno su cui ruota il ragionamento interpretativo delle Sezioni Unite – che poi porterà all'applicazione analogica dell'art. 384 c.p. anche al convivente *more uxorio* – poggi proprio sulla natura giuridica della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p..

Oggi, la lettura accolta da parte della dottrina e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, tende a collocare l'art. 384 c.p. nell'alveo della colpevolezza. La norma in esame configurerebbe una vera e propria causa di esclusione della colpevolezza, la quale troverebbe il suo substrato assiologico nel principio di inesigibilità della condotta alternativa doverosa.

Il principio di inesigibilità, come anche sottolineato dalle Sezioni Unite, farebbe da sfondo all'art. 384 c.p., poiché colui che commette il reato, in realtà si sarebbe trovato in una situazione di turbamento emotivo che non gli avrebbe consentito di adottare il comportamento prescritto dalla legge. In tal senso l'ordinamento non è in grado, e non può pretendere che i congiunti si accusino tra di loro in giudizio, poiché tale condotta non sarebbe umanamente esigibile¹⁹⁴.

2. *Nei casi previsti dagli articoli 371-bis, 371-ter, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione”.*

¹⁹⁴ Che il “grave turbamento emotivo” abbia acquisito una maggiore rilevanza nella realtà giuridica e sociale, è un dato confermato dall'ultimo intervento del legislatore in materia di legittima difesa. Ed infatti, nel modificato art. 55, comma 2, il legislatore ha previsto che “nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 51, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la

Appare, quindi, del tutto normale, o quanto meno non rimproverabile, la circostanza che un congiunto commetta reato al fine di salvaguardare la relazione familiare. Pertanto, come osservato correttamente da parte della dottrina, “*A fondamento di tale interpretazione insisterebbe non tanto una valutazione di complessiva liceità del comportamento, bensì la considerazione della drammaticità dell’alternativa tra collaborare all’amministrazione della giustizia e pregiudicare i propri cari, la quale svelerebbe l’inesigibilità di una condotta rispettosa della legge*”¹⁹⁵. Così, anche la Cassazione, afferma il definitivo approdo dell’art. 384 c.p. nell’alveo delle cause scusanti: “Vanno condivise le riflessioni della dottrina più avvertita che ravvisa nella previsione in esame una causa di esclusione della colpevolezza, meglio una “scusante” soggettiva, che investe la colpevolezza. [...] vengono ricomprese in questa definizione le ipotesi in cui l’agente pone in essere un fatto antigiuridico, agendo anche con dolo, nella consapevolezza di violare la legge, e in cui l’ordinamento si astiene dal muovergli

salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all’art. 61, primo comma n. 5) ovvero in uno stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto”. Ancora una volta, il legislatore contempla la situazione di pericolo – per sé o per altri – come elemento che giustifica una condotta contraria a quanto prescritto dalla legge, ma scusata dalla presenza di un grave turbamento emotivo che ne ha inevitabilmente condizionato l’agire. In tal senso si verrebbe a delineare una vera e propria causa scusante di un fatto tipico, poiché commesso superando colposamente i limiti della legittima difesa, ma non punibile in virtù del particolare turbamento emotivo in cui operava il soggetto agente, tale da rendere inesigibile la condotta alternativa doverosa. Cfr. A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l’inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 2 ss; anche G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”, approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019, p. 4. Reperibile in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6596-la-nuova-legittima-difesa-nel-domicilio-un-primo-commento>; F. BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 54.

¹⁹⁵ A. BRUNO, *Le Sezioni Unite e l’estensione dell’art. 384 comma 1 c.p. al convivente more uxorio. Tra istanze rigoristiche e rischi di applicazione erga omnes*, in *Dir. e proc.*, 2021, p. 9.

un rimprovero, prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo”¹⁹⁶.

La Corte riconosce che, a differenza delle cause di giustificazione, dove l’ordinamento rinuncia alla pena perché viene meno l’antigiuridicità della condotta, nelle cause scusanti la rinuncia alla pena è determinata dai “*riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere*”. Si tratta di una alternazione del processo motivazionale ed emotivo che porta il soggetto ad agire diversamente e che, sotto il profilo sanzionatorio, determina l’esclusione del giudizio di rimproverabilità soggettiva nei confronti dell’autore del fatto, accogliendo, così, una lettura quasi “romantica” e più umana dell’art. 384 c.p.¹⁹⁷.

Una volta riconosciuta la natura giuridica scusante dell’art. 384 c.p., si spalancano le porte verso un’interpretazione analogica della stessa fattispecie. Riconoscendone la natura scusante a struttura soggettiva, che investe il piano della colpevolezza, la fattispecie è suscettibile di importanti ricadute sul piano ermeneutico, soprattutto con riferimento all’applicabilità della stessa ai casi non espressamente indicati dalla norma.

Secondo la lettura ermeneutica delle Sezioni Unite, ai fini dell’applicazione del procedimento analogico, non avrebbero i connotati dell’eccezionalità le cause di giustificazione – in quanto comuni ad altre branche giuridiche dell’ordinamento – e le cause di esclusione della colpevolezza o scusanti. Per quest’ultime, infatti, possono individuarsi degli spazi residuali per un’applicazione analogica.

¹⁹⁶ Cass. SS.UU., n. 10381 del 17 marzo 2021.

¹⁹⁷ Senonché, si potrebbe osservare, al contrario da quanto sostenuto dalle Sezioni Unite circa la natura giuridica dell’art. 384 c.p., che la selezione dai reati operata dal legislatore non sembra coerente con la ratio romantica della scusante giudiziaria. Mal si comprenderebbe, infatti, come mai questo atteggiamento più flessibile e umano dell’ordinamento sia limitato ai reati commessi contro l’amministrazione della giustizia elencati dalla norma, e non anche agli altri esclusi, come la rivelazione di un segreto inerente a un procedimento penale ex art. 379 bis c.p.

Cfr. A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, pp. 172 ss.

Difatti, in sentenza si afferma, in maniera granitica, che l'art. 384 c.p., in quanto causa scusante, non sarebbe una norma eccezionale in quanto “costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della “inesigibilità” di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione”¹⁹⁸.

In questi termini, appare fondamentale l'approdo della Suprema Corte, non solo per quanto concerne la natura giuridica dell'art. 384 c.p. e la sua applicabilità analogica, ma anche con riferimento al principio di inesigibilità sotteso alla scusante in esame. Ed infatti, il principio di inesigibilità – come tutta la teoria delle scusanti – ha da sempre trovato terreno poco fertile in giurisprudenza, da sempre più agganciata a valutazioni di tipo oggettivo in materia di cause di non punibilità. Eppure, adesso anche la giurisprudenza considera la categoria dell'inesigibilità immanente all'ordinamento penalistico, in quanto corollario del più generale principio di colpevolezza ex art. 27 della Costituzione.

Tali passaggi, percorsi dalle Sezioni Unite, sono fondamentali per la nostra indagine, perché ci consentono di ricostruire l'ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* alla luce del principio di colpevolezza e di un rinnovato quadro giuridico che lo colloca all'interno delle cause scusanti, sullo sfondo più generale del principio di inesigibilità.

¹⁹⁸ Cass. SS.UU., n. 10381 del 17 marzo 2021, cit.; infine, la Suprema Corte afferma il seguente principio di diritto: “l'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”.

2.2 Risvolti teorici e pratici nel contesto medico

L'approdo raggiunto dalle Sezioni Unite, con riferimento alla scusante giudiziaria *ex art. 384 c.p.*, pone l'accento sulla categoria dell'inesigibilità quale fondamento di scusanti già previste e disciplinate dal legislatore, che rappresenta sicuramente un aggancio forte alla lettura proposta nei precedenti paragrafi circa l'interpretazione analogica dell'*art. 590-sexies c.p.*

Ed invero, una delle conseguenze pratiche di rilievo che riguarda il dibattito svolto sulla natura dell'*art. 590-sexies c.p.* concerne proprio la sua estensibilità a casi simili mediante il procedimento analogico. Ed infatti, tale fattispecie, se ricondotta nell'alveo delle cause scusanti, potrebbe aprirsi alle medesime argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite con riferimento all'*art. 384 c.p.*

Del resto, appare ravvisabile in molte fattispecie di errore medico quel turbamento emotivo ovvero quella spirale di circostanze esterne che impedisce al medico di adottare la scelta migliore in ambito diagnostico-terapeutico perché fortemente influenzato – se non costretto – dai fattori concomitanti.

L'*art. 590-sexies*, interpretato in termini scusanti, consentirebbe una tale operazione ermeneutica. In primo luogo, questa lettura deriverebbe, come già detto, dall'analisi dei requisiti strutturali della stessa norma. Il necessario rispetto delle linee guida richiesto dalla norma – o delle buone pratiche in assenza di linee guida - consentirebbe di scusare una condotta che, pur essendo connotata da un errore dovuto a imperizia, è pur sempre rispettosa delle regole fondamentali dell'*ars medica*. Ciò deporrebbe nel senso del *deficit* di colpevolezza e, quindi, di rimproverabilità della condotta del medico che, pur attenendosi alle linee guida adeguate al caso concreto, abbia commesso un errore nell'esecuzione della prestazione.

A ciò si aggiunge l'ormai pacifica applicabilità dell'*art. 2236 c.c.* anche nell'ambito della responsabilità medica¹⁹⁹, come massima di esperienza o principio di razionalità cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, la quale

¹⁹⁹ Cass., pen., Sez. IV, n. 8770/2017.

consiglierebbe di valutare con minor rigore prestazioni tecniche di particolare difficoltà. Norma che, a rigore, imporrebbe al giudice di avere riguardo a quelle situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o rese più difficoltose dall'urgenza, che implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione.²⁰⁰

Sulla base di questi presupposti, una applicazione analogica dell'art. 590-*sexies* c.p., sulla scia di quanto fatto con l'art. 384 c.p. dalla giurisprudenza, potrebbe risolvere tutte le problematiche sorte già all'indomani della sua emanazione.

Senza più attendere il legislatore, lo stesso giudice può farsi carico di risolvere l'*impasse*, non mediante il sentiero – apparentemente più agevole – dell'interpretazione estensiva, bensì dell'interpretazione per analogia.

L'interpretazione estensiva consentirebbe di attribuire alla norma il suo massimo significato, sfruttando al limite il valore semantico delle parole che la compongono, pur sempre nel rispetto del dato letterale²⁰¹. I confini dell'interpretazione estensiva sono larghi ma ben definiti, poiché ci si muove sempre all'interno dei possibili significati letterali delle parole utilizzate nella fattispecie penale; si ricadrebbe, invece, nel divieto di applicazione analogica se l'operazione ermeneutica abbia condotto ad un significato totalmente esterno alla norma di riferimento²⁰².

²⁰⁰ Cass., pen., Sez. IV, n. 28187/2017; cfr. anche A. MERLI, *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 11/2019, p. 4137.

²⁰¹ E. BENATO, *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *Discrimen*, 2021, p. 14.

²⁰² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, pp. 122 e 123.; su analogia e interpretazione estensiva cfr. anche F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 25 ss.; F. GIUNTA, G. CARCATERA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, p. 347 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, a cura di V. MILITELLO, M. PARODI

Tuttavia, se lo strumento dell'interpretazione estensiva può sembrare il migliore, sia nell'ottica dei principi di legalità e determinatezza, che nell'ottica di garantire una applicazione evolutiva della norma coerente con l'evoluzione storico-sociale dell'ordinamento, c'è da sottolineare come essa sembri incompatibile con la struttura dell'art. 590-*sexies* c.p. Alcuni requisiti della norma, come il rispetto delle linee guida e il riferimento all'imperizia sembrano essere rigidi e tassativi, tanto da renderne difficile una interpretazione estensiva.

In tal senso, l'unico rimedio sarebbe quello dell'applicazione analogica, senza alcun timore di scalfire – cautamente – le barriere della legalità e della determinatezza, che rimarrebbero comunque intatte da un'attenta applicazione della norma anche ai casi simili.

Mal si comprende, infatti, come l'applicazione dello scudo penale debba essere relegata alle sole condotte mediche connotate da imperizia. Nel contesto emergenziale pandemico, ad esempio, si sono concretizzate numerose condotte mediche connotate da imprudenza o negligenza (come, ad esempio, ricoverare pazienti nei corridoi degli ospedali senza la dovuta quanto necessaria assistenza medica, somministrazione di farmaci *off-label* etc.). Ed infatti, tale evenienza è stata riconosciuta dal legislatore che, con l'art. 3-*bis* del d.l. n. 44/2021, ha predisposto una causa di non punibilità non più relegata alle sole condotte mediche connotate da imperizia, ma estesa anche a quelle connotate da imprudenza e negligenza. Tale passo indietro – limitatamente al contesto pandemico –, rispetto a quanto previsto dallo stesso legislatore con la riforma Gelli-Bianco, conferma che una esimente relegata alle sole condotte connotate da imperizia sia inadeguata, poiché un qualsiasi contesto emergenziale e/o straordinario porta necessariamente a tenere condotte che sfuggono dai parametri ordinari di valutazione.

Senonché, mentre per il contesto emergenziale dovuto al diffondersi del Coronavirus è stato predisposto un apposito strumento di tutela penale della classe medica (artt. 3 e 3-*bis* del d.l. n. 44/2021), con riferimento e tutte le altre situazioni

GIUSINO, A. SPENA, 9° ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 99 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 77 ss.

emergenziali ed eccezionali, contingentate nel tempo ma di cui è colma la quotidianità ospedaliera, appare necessario applicare analogicamente l'art. 590-*sexies*, al fine di ricomprendere condotte che, ancorché riconducibili agli ambiti della negligenza o dell'imprudenza, meriterebbero di essere coperte dallo scudo penale.

Come anche la limitazione dell'operatività dell'errore medico al solo errore esecutivo, e non anche diagnostico, sembra essere eccessivamente limitante. Ed invero, in un contesto emergenziale come quello pandemico, caratterizzato dall'assenza di macchinari diagnostici all'avanguardia o dall'insufficiente letteratura scientifica in merito alla patologia trattata, ovvero in un contesto emergenziale che deriva dal quadro clinico disperato in cui il paziente versa nel momento in cui arriva all'interno del pronto soccorso, anche l'errore diagnostico appare meritevole di scusa. Difatti, il medico, in certe situazioni, è costretto a prendere delle decisioni diagnostiche in tempi molto brevi, senza la possibilità di confrontarsi con i colleghi o di aggiornarsi sui possibili approcci terapeutici alla malattia.

In questi casi il medico, seppur errando con colpa, non appare rimproverabile soggettivamente della propria condotta perché "costretto" dal contesto esterno. Difatti, la pretesa dell'ordinamento di conformarsi al precetto sarebbe giustificata solamente in presenza di circostanze concomitanti normali.

Alla luce di ciò, dentro la colpevolezza entrerebbe la valutazione circa l'esigibilità della condotta alternativa lecita. Il principio di inesigibilità, svolgerebbe, anche in ambito medico, quella funzione di "*valvola che permette ad un sistema di norme di respirare in termini umani*"²⁰³. Il tutto sembra trovare ancora conferma nella recentissima apertura della giurisprudenza alla categoria dell'inesigibilità, con

²⁰³ Esempio di scuola tipico di applicazione del principio di inesigibilità è quello del medico condotto che decide di negare assistenza all'infermo perché, dopo una lunga giornata di lavoro e stanchezza, non è disposto a mettersi in cammino per altre ore magari a condizioni avverse salvaguardando la propria incolumità. In tal caso non si rientrerebbe nello stato di necessità, poiché mancherebbe l'attualità del pericolo, nondimeno a fronte dell'alternativa se mettere a rischio la propria incolumità o salvare il paziente, il medico preferisce, ovviamente, preservare la propria incolumità. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 426-427.

riferimento all'applicazione analogica dell'art. 384 c.p., la quale ha affermato che il principio di inesigibilità può essere inteso come corollario del più generale principio di colpevolezza ex art. 27 della Carta Costituzionale²⁰⁴. Il principio di inesigibilità darebbe rilievo a quella alternazione del processo motivazionale ed emotivo che porta il soggetto ad agire diversamente e che, sotto il profilo sanzionatorio, determina l'esclusione del giudizio di rimproverabilità soggettiva nei confronti dell'autore del fatto, per il tramite di una causa scusante espressamente codificata dal legislatore, come l'art. 590-*sexies* c.p.

3. Il principio di inesigibilità quale corollario del principio di colpevolezza

La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dove viene affermata la natura scusante dell'art. 384 c.p., da cui discenderebbe l'applicabilità analogica anche al convivente *more uxorio*, ha dato linfa al dibattito giurisprudenziale e dottrinale anche sul versante del principio di inesigibilità. Intendendosi, quest'ultima, quale categoria generale che, ai fini della responsabilità penale, richieda un giudizio di adeguatezza tra quanto prescritto dall'ordinamento e quanto umanamente esigibile al soggetto in certe situazioni di fatto.

Ai fini della nostra indagine, il principio di inesigibilità gioca un ruolo di non poco conto, in quanto farebbe da sfondo e darebbe colore alla scusante di cui all'art. 590-*sexies*. Il principio di inesigibilità, declinato in ambito medico, ci consentirebbe di verificare l'appropriatezza del rimprovero penale e della pretesa dell'ordinamento a che il medico esegua una determinata condotta, alla luce delle circostanze che

²⁰⁴ Principio spesso criticato in dottrina in ragione della sua indeterminatezza, poiché mancherebbe un parametro oggettivo mediante cui commisurare l'esigibilità di una condotta, rifugiandosi spesso in termini come "umanamente", "ragionevolmente", "normalmente", "generalmente", con il rischio di scusare ogni azione criminosa e cadere in un pericoloso relativismo. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 365.

caratterizzano il caso concreto. Per tale ragione appare necessario soffermarsi brevemente sui profili generali di questa categoria tanto discussa.

Sia in ambito generale, che nel contesto squisitamente medico, sembra opportuno che il metro di giudizio mediante cui poter concretamente condurre il giudizio di responsabilità penale, risponda a rinnovati parametri soggettivi coerenti con il principio di colpevolezza. La colpevolezza del reo, quale criterio essenziale per l'applicazione della sanzione, assume un'importanza decisiva soprattutto in un ordinamento come il nostro, che ripudia tutte le forme di responsabilità oggettiva che si basano sull'oggettiva violazione della norma penale.

In altre parole, non solo dovrà verificarsi che vi sia stato quel coefficiente di adesione soggettiva dell'autore al fatto – declinabile in termini di dolo o colpa – ma, altresì, che il soggetto sia concretamente rimproverabile per il fatto commesso. La valutazione della possibilità, oltre che della doverosità della condotta del reo conforme al precetto, trova così spazio nel giudizio di responsabilità penale.

La concezione normativa della colpevolezza impone, difatti, di valutare le circostanze in cui si è realizzata la condotta illecita e i motivi che hanno spinto il soggetto ad agire²⁰⁵. L'ordinamento, adesso, è onerato non solo di verificare la violazione oggettiva del precetto, con tutte le relative conseguenze, ma anche di scrutinare il processo motivazionale che ha portato il reo ad agire, al fine di vagliare l'esistenza di elementi che potrebbero averne condizionato o alterato la determinazione finale.

In tale rinnovato contesto si colloca la categoria, tanto discussa quanto appropriata, dell'inesigibilità (*unzumutbarkeit*), quale fondamento comune delle cause scusanti²⁰⁶

²⁰⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 336; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 353 ss; cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 282; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 394 ss.

²⁰⁶ L'inesigibilità come principio fondante la generale categoria delle cause di esclusione della colpevolezza si basa sulla considerazione che, in tutti i casi governati dalle scusanti, sia impossibile pretendere che il soggetto agente si conformi a quanto prescritto dalla fattispecie penale

e come principio guida del giudizio di rimproverabilità del soggetto agente. La rimproverabilità consentirebbe di graduare il disvalore penale in considerazione dell'intensità e della qualità dell'elemento soggettivo, che lega l'autore al fatto commesso²⁰⁷.

In questa accezione, il principio di inesigibilità sembra particolarmente adeguato a definire i contorni della responsabilità colposa, anche in ambito medico-sanitario.

Tradizionalmente la colpa costituisce il risultato di un doppio giudizio: un giudizio di rimproverabilità oggettiva e un giudizio di rimproverabilità soggettiva. La misura oggettiva della colpa concerne il rimprovero che può essere mosso all'autore del fatto per non avere evitato l'evento mediante l'osservanza della regola cautelare. La misura soggettiva della colpa, invece, consiste nella valorizzazione di tutte quelle circostanze esterne e concomitanti alla condotta del soggetto agente, tra cui rientrano tutte le componenti più personali e soggettive della condotta, che devono essere valorizzate nel determinare la responsabilità penale dell'autore del fatto²⁰⁸.

Per formulare un addebito di responsabilità colposa non è dunque sufficiente la violazione della regola cautelare, ma anche che il soggetto si trovasse nelle condizioni di potersi conformare alla regola ed evitare, così, l'evento dannoso. Solo in questi casi si può parlare effettivamente di una condotta colposa e, allo stesso tempo, colpevole²⁰⁹.

La colpa penale, come osservato da attenta dottrina, è opportuno che non si riduca al suo aspetto squisitamente oggettivo, la violazione della regola cautelare, ma deve seguire anche un processo di soggettivizzazione del rimprovero che avvicini il giudizio

incriminatrice. Così, ad esempio, accadrebbe per le ipotesi dell'eccesso colposo in legittima difesa domiciliare o dello stato di necessità.

²⁰⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 337.

²⁰⁸ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 12/2020, p. 2.

²⁰⁹ La responsabilità colposa richiede un'adeguata verifica della misura soggettiva della colpa, altrimenti il reo verrebbe sanzionato per la mera violazione della regola cautelare, trasformandosi in una sorta di responsabilità oggettiva oggi ripudiata dal nostro ordinamento e dall'attuale dimensione costituzionale del principio di colpevolezza.

di responsabilità penale al principio di colpevolezza²¹⁰. Un giudizio sulla misura soggettiva della colpa che, anche in ambito medico, tenga conto delle concrete possibilità che il soggetto aveva di adeguarsi a quanto richiesto dall'ordinamento, valorizzando le circostanze contingenti e la concreta esigibilità della condotta conforme al precetto.

Argomentando in tal senso, il principio di inesigibilità, troverebbe spazio in quasi tutte le tipologie di reato, commissivo e omissivo (proprio e improprio), doloso e colposo.

Nei reati dolosi, il principio di inesigibilità ricade, in particolar modo, nell'elemento volontaristico. Ed infatti, le circostanze esterne anomale che spingono un soggetto a porre in essere una condotta diversa da quella prescritta dall'ordinamento generano un vizio della volontà, impedendo al soggetto di determinarsi diversamente, poiché sarebbe impossibile dirigere la volontà verso condotte alternative. In tal senso appare calzante, allora, quella dottrina che vede nella teoria dell'inesigibilità una forma di manifestazione dell'istinto di autoconservazione della persona umana, quando quest'ultima si trovi di fronte a situazioni che mettano a repentaglio i suoi beni fondamentali²¹¹, costringendola ad agire al di là delle prescrizioni dell'ordinamento.

Alla luce di tali considerazioni, il principio di inesigibilità appare legato al principio di autodeterminazione della persona mediante una relazione di proporzionalità inversa. In un dato contesto, per un soggetto, tanto minore è la capacità di autodeterminarsi liberamente quanto maggiore sarà l'intensità dell'inesigibilità della condotta richiesta dalla norma incriminatrice. Si rammenta, tuttavia, che questa correlazione è valida se, e solo se, l'inesigibilità la si intende riferita ad una pretesa

²¹⁰ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, p. 2 ss, con un particolare riferimento al processo di "iper-oggettivizzazione" della colpa, anche come conseguenza del processo di appiattimento della colpa penale sulla colpa civile. Sotto il profilo comparatistico, ID., *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2002, p. 495.

²¹¹ E. VENAFRO, *Scusanti*, p. 19.

comportamentale dell'ordinamento a che il soggetto tenga una condotta conforme alla norma penale²¹². Da ciò dipende, quindi, il giudizio di rimproverabilità, poiché se il soggetto agente non poteva determinarsi altrimenti, la sua condotta, per quanto tipica e anti-giuridica, non è rimproverabile e, quindi, non è colpevole²¹³.

²¹² Declinato in questi termini, il principio di inesigibilità ha da sempre posto una serie di interrogativi che hanno contribuito a renderne sempre più incerti e opachi i confini e i contenuti. Gli studi tedeschi dei primi anni del secolo scorso tendevano a collocare l'inesigibilità della condotta conforme a precetto all'interno della più complessa categoria della colpevolezza. In tal senso, la ricostruzione della categoria della colpevolezza veniva a comporsi di quattro elementi: elemento soggettivo, declinabile in termini di dolo o di colpa; imputabilità; conoscibilità del precetto e esigibilità della condotta conforme a precetto. Senonché, non è chiaro se tale quarto elemento della colpevolezza dovesse essere considerato il principio di inesigibilità in quanto tale, ovvero quest'ultimo inteso come sintesi delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente tipizzate dal legislatore²¹². Propendere per l'una o l'altra posizione dipende, in verità, dalla funzione che si vuole attribuire alla categoria dell'inesigibilità. Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 281. L'importanza del dibattito tedesco nell'ambito della colpevolezza e del principio di inesigibilità, e la sua forte connotazione etica e sociale, più che tecnica, può essere riassunta in questa citazione di Freudenthal: "Ma noi penalisti siamo chiusi troppo strettamente in una consorte, tanto che nel formare i concetti di colpevolezza, dolo, colpa non ci siamo affatto posti la domanda se essi sono in accordo con le concezioni dei non giuristi. Noi dichiariamo colpevole taluno che nel linguaggio del laico "non poteva far nulla" contro l'accaduto, che ha agito come ciascuno avrebbe agito nella sua situazione", in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, p. 33.

²¹³ Il principio di inesigibilità, in realtà, non è un'esclusiva del solo ordinamento penalistico, ma è conosciuto anche nell'ordinamento civilistico nell'ambito della responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* Difatti, potrebbe accadere che l'adempimento dell'obbligazione sia ancora oggettivamente possibile senonché, tenuto conto di un criterio di umana esigibilità, appare contrario a buona fede richiedere l'adempimento della prestazione al debitore, poiché eccessivamente difficile e comunque oltre l'umana esigibilità. Si pensi al caso di scuola di un carico di merce affondato negli abissi dell'oceano a causa di una tempesta marittima che ha spaccato lo scafo della nave. Il carico è ancora oggettivamente recuperabile dal fondo dell'oceano,

Proprio per tale ragione, nell'ordinamento italiano è sorta una certa diffidenza verso il principio di inesigibilità²¹⁴. Categoria non ancora sviscerata dagli studi della dottrina e raramente applicata dalla giurisprudenza, che ha da sempre dimostrato una certa ritrosia nell'utilizzo dell'inesigibilità quale parametro di giudizio.

La giurisprudenza nostrana ha avuto modo di pronunciarsi in materia di inesigibilità soprattutto in controversie in materia tributaria. Fattispecie dove il Supremo collegio ha ribadito che il principio di inesigibilità, sia che lo si voglia ricollegare alla *ratio* della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla diversa categoria dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri opportuno ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale, "non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia juris. [...] Non essendo pertanto

tuttavia una simile richiesta da parte del creditore non solo appare un abuso del diritto, ma è anche umanamente non esigibile.

²¹⁴ Nel dibattito italiano circa gli elementi strutturali del reato, il principio di inesigibilità non ha riscontrato particolare successo. Ha trovato spazio residuale in quanti coloro sostengono la teoria della tripartizione del reato che, nell'ambito del terzo elemento di questa divisione, quello della colpevolezza, effettuano una quadripartizione interna, distinguendo imputabilità, dolo o colpa, conoscibilità del precetto e assenza di cause di esclusione della colpevolezza. Solamente con riferimento all'assenza di cause di esclusione della colpevolezza si potrebbe aprire il dibattito sull'inesigibilità quale elemento strutturale del reato. Senonché, oggi appare preferibile considerare il principio di inesigibilità, al più, come principio generale che giustificerebbe la *ratio* e l'esistenza delle cause scusanti tipizzate dal legislatore. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 353 ss.; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 337.

consentito al giudice (né, tantomeno, all'imputato) di ricercare o creare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia *juris*"²¹⁵.

Nel citato passo giurisprudenziale, i giudici effettivamente dimostrano consapevolezza dell'incerto inquadramento della categoria dell'inesigibilità. Ora riconducibile all'ambito della colpevolezza, ora riconducibile all'ambito dall'antigiuridicità. Tuttavia, in ogni caso, affermano che non è consentito, mediante analogia *juris*, ricavare ulteriori cause di esclusione della punibilità, oltre quelle previste espressamente dal legislatore.

Senonché, questi orientamenti giurisprudenziali che tendono a relegare o a restringere le maglie del principio di inesigibilità iniziano a mostrare i propri limiti e manifestano caratteri recessivi rispetto alla rinnovata dimensione costituzionale del principio di colpevolezza. Ed infatti, ciò appare confermato da quanto affermato recentemente dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 384 c.p., dove si è riconosciuto ampio rilievo giuridico e pratico alla categoria dell'inesigibilità ma, soprattutto, si è fatto ricorso all'analogia anche in materia di cause scusanti, nel presupposto dell'inesigibilità quale corollario del più generale principio di colpevolezza, *ex art. 27* della Carta Costituzionale.

Il principio di personalità della responsabilità penale, *ex art. 27 Cost.*, esigerebbe la punizione delle sole condotte che manifestino un certo disvalore e/o riprovevolezza che l'ordinamento ritiene di sanzionare. Sono situazioni in cui il dominio sul fatto è solamente astrattamente possibile, quando in realtà le caratteristiche o il contesto esterno portano l'attore a delle scelte obbligate. In queste situazioni non difetta il potere naturalistico, come osservato dalla dottrina ma, semplicemente, il "non potere" del soggetto non appare rimproverabile²¹⁶.

Ciò ha un evidente riflesso in ambito medico, dove, qualora la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* dovesse essere applicata in termini scusanti, il

²¹⁵ Cass. pen., Sez. III, n. 38593 del 23 gennaio 2018.

²¹⁶ E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, pp. 88-89.

principio di inesigibilità svolgerebbe un ruolo fondamentale nel giudizio di responsabilità con particolare riferimento alla misura soggettiva della colpa. Tale principio consentirebbe all'interprete di addentrarsi nel contesto in cui la condotta medica si è realizzata, al fine di sviscerare le contingenze che hanno portato all'errore e al fine di vagliare, concretamente, l'esigibilità della condotta conforme al precetto.

3.1 Il polimorfismo funzionale del principio di inesigibilità: scusante extralegale o principio generale?

Per meglio comprendere il ruolo che il principio di inesigibilità possa avere nel giudizio di responsabilità penale e, segnatamente, nel contesto più specifico della responsabilità colposa degli esercenti le professioni sanitarie, pare necessario inquadrare tale categoria dal punto di vista dogmatico.

Il polimorfismo del principio di inesigibilità appare figlio, infatti, delle continue incertezze che riguardano il ruolo e la *ratio* di tale principio, nonché quelle che riguardano un suo reale accoglimento nell'ordinamento italiano²¹⁷. L'inesigibilità è una categoria problematica perché riflette il continuo contrasto tra l'astratto e il concreto, tra quanto previsto astrattamente dalla norma penale incriminatrice e quanto concretamente accaduto²¹⁸.

Dal punto di vista dei principi costituzionali, la dimensione del principio di colpevolezza oggi disegnata dalla Corte costituzionale con riferimento all'art. 27 Cost.

²¹⁷ Con riferimento al principio di inesigibilità, si richiama il lavoro di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, che ha ricostruito le fondamenta del principio di inesigibilità sulla scia della sistematica del reato oggi tendenzialmente maggioritaria nel panorama dottrinale, che distingue tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. Cfr. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*; C. FIORE, *Diritto penale parte generale*, UTET, Torino, 2020; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2021.

²¹⁸ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, p. 9.

non osta, in principio, all'accoglimento di un siffatto principio di inesigibilità²¹⁹. Anzi, la colpevolezza è proprio il terreno sul quale andrà effettuato ogni accertamento circa l'eventuale inesigibilità della condotta alternativa doverosa, posto che l'inesigibilità verrebbe in rilievo quale alternazione del processo motivazionale del soggetto agente. Il principio di inesigibilità disegnerebbe un equilibrio tra esigenze repressive dell'ordinamento e valorizzazione delle situazioni "eccezionali e non standardizzabili"²²⁰. Da un lato si vuole evitare che i comandi del legislatore perdano di efficacia, con un eccessivo indebolimento dell'efficacia deterrente e repressiva della fattispecie penale; dall'altro lato, invece, vi è l'esigenza di garantire una personalizzazione del giudizio che tenga conto di tutti i fattori contingenti. Nella ricostruzione di Fornasari, la realizzazione di questo delicato bilanciamento è affidata al legislatore, che in tal senso darebbe attuazione al principio di colpevolezza²²¹.

Dapprima, l'inesigibilità è stata elevata a causa generale o extralegale di esclusione della colpevolezza²²². Secondo questa lettura si potrebbe parlare di inesigibilità e, quindi, di non punibilità, ogniqualevolta l'autore del fatto abbia agito in presenza di circostanze esterne anormali, che gli hanno impedito di conformarsi al precetto, anche se tale non punibilità non è stata prevista espressamente dalla legge²²³.

Tale ricostruzione trovava, nel dibattito tedesco, un saldo riferimento nelle ricostruzioni di Frank e Goldschmidt. In particolare, quest'ultimo, tentò di ricostruire

²¹⁹ Sui rapporti tra principio di inesigibilità e principio di personalità della responsabilità penale, ex art. 27 Cost., G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 351 ss.

²²⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 351.

²²¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 352-353.

²²² L'autore che, nel dibattito tedesco, si spinse a tali poli estremi fu Freudenthal, il quale affermò l'esistenza di una causa di esclusione della colpevolezza extralegale, estensibile a tutti i reati, colposi e dolosi. B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwürfe*, Tubigen, 1922, in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 31.

²²³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, pp. 426 e 429; più in generale G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 53 ss.; anche A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi?*, in *Sis. pen., note a sentenza*, 2021, p. 18.

la teoria normativa della colpevolezza riportando al centro del dibattito il processo motivazionale del soggetto agente, dando rilevanza alla “motivazione anormale” quale elemento che potesse escludere l’esigibilità della condotta doverosa, considerandola una scusante generale non limitata ai casi previsti dalla legge²²⁴.

Senonché, già intorno al 1930, la dottrina tedesca dominante guardava in un’altra direzione. Si tratta della dottrina Mezger, che poneva l’accento sul carattere straordinario di una causa di esclusione della colpevolezza extralegale che poggiasse sul principio di inesigibilità e che essa, nel tempo, avrebbe perso la sua funzione²²⁵.

Successivamente – anche per garantire un margine di applicazione ad una categoria fortemente criticata se interpretata come causa scusante *praeterlegale* – l’inesigibilità è stata intesa quale principio generale in grado di spiegare il fondamento di alcune cause scusanti previste espressamente dalla legge²²⁶. In tal senso, il principio di inesigibilità sarebbe il fondamento logico di cause scusanti tipizzate dal legislatore, con riferimento a situazioni in cui il soggetto agente non ha avuto la libertà di autodeterminarsi a causa di elementi esterni oggettivamente e soggettivamente rilevanti²²⁷.

²²⁴ J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand. Ein Schuld problem*, 1913, in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 31.

²²⁵ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 32. Come lo stesso autore sottolinea nelle pagine successive (v. pp. 46 e 47), il principio di inesigibilità venne gradualmente abbandonato a seguito del consolidamento del nazionalsocialismo, che non ammetteva alcun relativismo etico, nella piena volontà di conformare ordinamento etico e ordinamento giuridico. Ciò impediva, in radice, la possibilità di pensare ad una esimente soggettiva di esclusione della responsabilità penale che si basasse sull’inesigibilità della condotta doverosa.

²²⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 426.

²²⁷ Con riferimento all’ambito di applicazione del principio di inesigibilità, parte della dottrina ritiene che tale ambito sia limitato ai reati omissivi impropri e ai reati colposi. Sul punto cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 344.; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 430. Ed infatti, anche nel dibattito tedesco, la teoria dell’inesigibilità suscitava l’apprensione della dottrina, non tanto per la rilevanza che essa poteva avere nella valutazione dell’elemento soggettivo nei reati colposi, quanto per l’indefinita efficacia scusante che

Quest'ultima lettura, rispetto alla prima, porta con sé il pregio di interpretare e applicare l'istituto dell'inesigibilità conformemente ai principi di legalità e tassatività della fattispecie penale incriminatrice.

Una costruzione del tutto peculiare è quella fatta da Fornasari, che intende l'inesigibilità quale criterio di limitazione della responsabilità penale attinente, non solo al piano della colpevolezza, ma anche alle categorie del "fatto" e "dell'antigiuridicità".

Con riferimento alla categoria del fatto, l'inesigibilità sarebbe un limite, implicito o esplicito, alle pretese della norma. Tale limite si potrebbe evincere dalle espressioni normative talvolta utilizzate dal legislatore, come "senza necessità" o "senza giustificato motivo"²²⁸. Ma l'inesigibilità verrebbe in rilievo sul piano della colpevolezza anche come criterio di valutazione della misura soggettiva della colpa e come fondamento logico generale delle cause scusanti codificate²²⁹.

Senonché, una prima critica che è stata mossa al principio di inesigibilità, declinato come causa di esclusione della colpevolezza extralegale, riguarda l'assenza di una espressa previsione normativa in merito²³⁰. Mancherebbe, così, una legittimazione positiva che consenta all'organo giudicante di applicare siffatto principio per escludere la punibilità dell'autore del fatto. Senonché, una tale critica non appare dirimente, posto che il principio potrebbe trovare comunque un valido fondamento in norme costituzionali. Del resto, il legislatore storico non aveva concesso all'ignoranza della legge penale alcuna efficacia scusante. Eppure, tale circostanza non costituì alcun impedimento per la Corte costituzionale che, nel 1988, affermò l'efficacia scusante

essa poteva determinare nei reati dolosi, cfr. A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 30.

²²⁸ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, p. 214;

²²⁹ Sul punto, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, pp. 255, 320 e 353 ss.; anche la ricostruzione sul punto di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 283.

²³⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 284

dell'ignoranza della legge penale quanto meno con riferimento alla necessaria conoscibilità del divieto, sulla scorta del principio di colpevolezza che troverebbe il suo fondamento nell'art. 27 Cost.²³¹.

In tal senso, non si può escludere che con una interpretazione evolutiva il principio di inesigibilità possa trovare una legittimazione positiva nel nostro ordinamento. Cosa che, in realtà, oggi sembra essere già avvenuta poiché la stessa Corte di Cassazione, pronunciandosi sulla scusante giudiziaria *ex art. 384 c.p.*, ha affermato che il principio di inesigibilità sarebbe corollario del più generale principio di colpevolezza.

Una seconda critica, invece, collegata ai rischi legati dall'interpretare l'inesigibilità quale causa di esclusione della colpevolezza extrapenale, riguarda proprio l'eccessiva flessione che essa provocherebbe sulle generali esigenze di prevenzione del diritto penale²³². Difatti, un continuo riconoscimento di nuove cause scusanti o, addirittura, di una causa scusante extralegale come l'inesigibilità, potrebbe allargare a dismisura le maglie della prevenzione, indebolendola. Ed invero, ogniqualvolta la condotta di un soggetto viene scusata, gli altri cittadini saranno legittimamente portati a pensare che quella condotta abbia perso i suoi connotati di illiceità.

Una possibile replica a tale argomento potrebbe mettere in rilievo che la portata di una sentenza di assoluzione per causa scusante e di una sentenza di assoluzione per causa di giustificazione hanno una portata giuridica e sociale diversa. Una sentenza di assoluzione che scusa la condotta dell'autore del fatto afferma l'illegittimità della condotta, e quindi la sua non conformità ai canoni giuridici dell'ordinamento, in quanto la non punibilità poggia su considerazioni relative alle circostanze in cui è stata tenuta, talmente incisive da aver impedito al soggetto di determinarsi diversamente. È anche vero, però, che una tale realtà dei fatti è sicuramente comprensibile dal tecnico-

²³¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 284.

²³² F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 286; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 429.

giurista, ma non dal cittadino comune, il quale vede nella sentenza di assoluzione – legittimamente – un giudizio generale di conformità del fatto all’ordinamento²³³. Di conseguenza, bisogna convenire con quanto osservato da attenta dottrina²³⁴, ossia che, laddove si riconosca un ampliamento delle cause che scusano l’autore del fatto, si verificherà un sensibile indebolimento dell’efficacia generalpreventiva della norma penale.

Questa non appare tuttavia una critica decisiva: infatti, in applicazione del principio di personalità della responsabilità penale, la massimizzazione della tutela dei beni giuridici non può minimizzare o addirittura elidere la necessaria personalizzazione dell’addebito penale. Sarebbe non solo *contra rerum*, ma anche *contra ius*, giudicare prescindendo dalle condizioni dell’azione. Per tali ragioni, non pare opportuno affermare la piena e incondizionata prevalenza delle ragioni della norma penale, poiché ai sensi dell’art. 27 Cost. l’ordinamento richiede, ai fini del rimprovero penale, l’attribuibilità o la signoria piena del fatto da parte del soggetto agente. Emerge, ed emergerà sempre l’esigenza di riconoscere la non punibilità, operante sul terreno del *deficit* di colpevolezza, rispetto a situazioni estreme, caratterizzata da un turbamento emozionale. Si pensi alla mamma che commette il delitto di furto al supermercato per sfamare i propri figli, ovvero all’imputato che abbia occupato un immobile sfitto per garantire rifugio a sé e alla propria famiglia²³⁵.

Probabilmente, la critica decisiva al principio di inesigibilità riguarda il parametro di riferimento nell’individuazione di quelle circostanze che possano giustificare un trattamento sanzionatorio differenziato e che hanno portato il soggetto a determinarsi

²³³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 286.

²³⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, pp. da 286 a 288. Sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione anche E. VENAFRO, *Scusanti*, p. 81 ss.

²³⁵ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, pp. 290-291.

diversamente da quanto previsto dal precetto. Tale critica si può agevolmente sintetizzare nel c.d. problema dei limiti della personalizzazione del giudizio.

Secondo tale critica, la teoria dell'inesigibilità non riuscirebbe a individuare o a spiegare le condizioni che rendono inesigibile una determinata condotta conforme al precetto, essendo costretta a ricorrere sempre ad una terminologia piuttosto vaga e peregrina come "normalmente", "umanamente", "generalmente", "ragionevolmente" e simili²³⁶. Di conseguenza, l'inesigibilità rischierebbe di risolversi in una clausola vuota, perché incapace di individuare i criteri che dovrebbero essere applicati ai casi concreti²³⁷. Per l'appunto, una delle difficoltà maggiori consta proprio della verifica empirica del "non poter agire diversamente"²³⁸.

Il vizio dell'inesigibilità, o meglio ancora della teoria che eleva l'inesigibilità a causa extralegale di esclusione della colpevolezza, è quello di non riuscire ad individuare l'agente modello mediante cui poter valutare l'esigibilità della condotta. Se si prendesse come riferimento l'agente concreto, tenendo conto di tutti gli stimoli psichici e fisici provenienti dall'esterno, certamente verrebbe realizzato un giudizio raggiungendo l'obiettivo di massima personalizzazione individuale, con il concreto rischio, però, di cadere nel relativismo soggettivistico, in un contesto dove il diritto capitolerebbe rispetto alle esigenze e alle pulsioni del singolo individuo²³⁹.

Laddove, invece, come parametro di riferimento si utilizzasse "l'uomo medio", si rischierebbe di vulnerare l'esigenza sottesa allo stesso principio di inesigibilità, nonché quella della personalizzazione dell'addebito penale, poiché si prescinderebbe dal considerare molte delle circostanze concrete in cui la condotta è stata tenuta. A ciò si aggiunga che lo stesso parametro dell'uomo medio è oggetto di interpretazione, in quanto considerato come una scatola vuota che deve essere di volta in volta riempita in relazione alle stesse pretese del diritto.

²³⁶ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, p. 4 ss.

²³⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 429.

²³⁸ E. VENAFRO, *Scusanti*, p. 25.

²³⁹ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, p. 362.

Il parametro dell'uomo medio, in poche parole, non sarebbe anch'esso risolutivo perché non darebbe una risposta univoca al quesito circa l'esigibilità di una condotta in un dato contesto.

Neanche potrebbe affermarsi che la valutazione dell'incidenza delle circostanze anomale esterne debba essere affidato al solo organo giudicante. Si incorrerebbe nel rischio di sentenze che trattino casi uguali in modo diverso, in violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost. e del principio di legalità.

La posizione di quanti sostenevano che la categoria dell'inesigibilità potesse svolgere un ruolo di causa scusante extralegale è stata, dapprima criticata e successivamente abbandonata anche dalla dottrina tedesca che, storicamente, ne ha sostenuto per prima l'esistenza e l'applicazione²⁴⁰. Ad oggi è dato riscontrare, anche dalla giurisprudenza interna, una sensibile apertura alle esigenze di personalizzazione del giudizio di responsabilità penale, purché questo avvenga nei limiti e nel rispetto dei principi di legalità, tassatività e determinatezza delle norme penali.

Il principio di inesigibilità, quindi, secondo un orientamento attualmente maggioritario, può assumere valore giuridico in termini di principio generale, quale fondamento di cause scusanti specifiche, già espressamente previste e disciplinate dalla legge.

3.2 Il principio di inesigibilità in ambito medico. L'art. 2236 del c.c. e il contesto emergenziale

Una volta chiarito l'ambito di applicazione e la collocazione dogmatica del principio di inesigibilità, è possibile esplorarne i possibili risvolti anche nel contesto della responsabilità penale medica.

Difatti, evidenziate, nei capitoli precedenti, tutte le lacune relative al ristretto ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* del c.p., sembra opportuno, adesso, sottolineare

²⁴⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, pp. 353 ss; anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 429.

come il principio di inesigibilità possa giocare un ruolo di non poco conto in un contesto come quello medico, la cui tenuta, tanto giuridica che fattuale, è stata fortemente ridimensionata dalla diffusione del Coronavirus.

Appare innegabile, infatti, che, in un contesto di emergenza pandemica, la responsabilità dei sanitari debba essere valutata alla luce di criteri, se non diversi, quanto meno adattati a tale peculiare situazione.

Le incertezze della letteratura scientifica sul piano diagnostico e su quello terapeutico, la carenza di strumenti di protezione individuale (d.p.i.), la limitatezza delle risorse umane e materiali per far fronte all'enorme mole di pazienti pervenuti nelle strutture sanitarie e il dispiegamento di personale non specializzato, sono tutte circostanze che sembra opportuno considerare nel giudizio di responsabilità penale dei sanitari.

Queste, e tante altre, possono essere considerate quelle circostanze anormali, concomitanti ed esterne che possono incidere, in maniera più o meno determinante, sulle scelte compiute dal personale sanitario, tanto in punto di diagnosi quanto in punto di terapia, durante tutto il contesto pandemico.

Ciò troverebbe conferma anche dall'art. 2236 c.c., il quale afferma che se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave. In tal senso, la norma civilistica sembra limitare la responsabilità del prestatore d'opera/medico, parametrandola a due distinti criteri: 1) la difficoltà intrinseca della prestazione che deve essere eseguita; 2) il contesto ove la prestazione è stata svolta.

Che l'art. 2236 c.c. possa trovare applicazione in ambito medico, per i fatti avvenuti durante il contesto emergenziale, sembra opportuno e doveroso²⁴¹. Soprattutto con riferimento alla valorizzazione del contesto e delle circostanze dove si è concretizzata la condotta sanitaria incriminata.

²⁴¹ M. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, p. 3.

Ed invero, nell'ambito della responsabilità penale, la sede ove valutare il contesto e le circostanze concomitanti alla condotta del sanitario sembra essere quella del giudizio di colpevolezza, in perfetta analogia con quanto già affermato circa il principio di inesigibilità.

Di conseguenza, la categoria dell'inesigibilità, sembra trovare spazio anche nel contesto medico, laddove sia opportuno valorizzare le circostanze concomitanti, anomale o straordinarie, alla condotta del sanitario. Ed in questo caso, a differenza di quanto sostenuto dalla dottrina circa l'indeterminatezza di queste "circostanze anomale", nel contesto medico appaiono riempite di contenuto, potendosi agevolmente distinguere un quadro clinico ordinario da uno emergenziale, un ingresso ordinario di pazienti da un ingresso massivo dovuto al diffondersi di un virus, l'assenza di macchinari, di farmaci o di terapie adatte a fronteggiare un male rispetto ad una situazione dove le necessità possono essere soddisfatte con gli strumenti disponibili, un intervento di *routine* da un intervento di speciale difficoltà. Tutte condizioni che, sia singolarmente considerate che complessivamente, contribuiscono a determinare uno spostamento tra ciò che è ordinario e ciò che, invece, diviene emergenziale o straordinario.

Ciò è stato particolarmente evidente con l'afflusso di pazienti, continuo e numericamente ingestibile, che richiedevano assistenza medico-respiratoria a causa del Coronavirus. In quei momenti è stata chiara la discrasia tra le richieste di cura e le risorse disponibili, riportando nuovamente in auge il tema della c.d. "scelta tragica"²⁴² nei luoghi ospedalieri.

Il principio di inesigibilità costituirebbe un principio generale e un criterio di giudizio che dovrebbe orientare il giudice nell'applicazione dell'art. 590-*sexies*, per come interpretato in termini scusanti. Le argomentazioni svolte nel capitolo precedente, a favore di una interpretazione in termini scusanti dell'art. 590-*sexies*, e

²⁴² C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 1/2021, pp. 22-23.

della possibilità di applicarlo analogicamente, avrebbero come sfondo il principio di inesigibilità, che opererebbe in sede di verifica della misura soggettiva della colpa.

Detto principio guiderebbe il giudice nella valutazione dell'addebito penale, portandolo a considerare tutte le circostanze esterne in cui l'errore si sia verificato. Il ruolo dell'interprete sarebbe quello di verificare la concreta possibilità per il medico di adeguarsi al precetto, e quindi evitare l'errore, valorizzando quelle situazioni cliniche-organizzative in cui il medico si è ritrovato ad agire, e che possono averne compromesso la libertà di agire.

L'applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p., anche in un contesto pandemico-emergenziale, deve essere accompagnata dalla valutazione se, nel caso concreto, fosse esigibile dall'ordinamento un comportamento diverso, alla luce della limitatezza delle risorse umane e materiali, del quadro clinico del paziente, delle incertezze scientifiche sul morbo e dell'imprevedibile quanto letale potenzialità di diffusione dello stesso.

Un simile ragionamento appare in controtendenza rispetto alla concezione sempre più oggettivistica della responsabilità colposa, accentrata sull'accertamento della violazione della regola cautelare, sicuramente più facile da accertare e gestire anche a livello processuale²⁴³.

Tra l'altro, in ambito medico, la responsabilità colposa andrà verificata tenuto conto del parametro dell'agente modello, confrontando la condotta concretamente tenuta dal medico e quella conforme alla regola cautelare.

Ebbene, la figura dell'agente modello deve essere calibrata in relazione al contesto dove si è concretizzata la condotta incriminata. In particolare, in ambito medico, qualora la condotta sia stata realizzata in un contesto eccezionale o emergenziale, si dovrà tenere conto di tale contesto e di tutte le circostanze estrinseche all'azione. Lo *standard* di diligenza richiesto, in un contesto emergenziale, non va innalzato, bensì dovrebbe spostarsi verso il basso, muovendo il confine della rimproverabilità, e quindi

²⁴³ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, p. 3, dove l'autore esplora le ragioni per cui la misura soggettiva della colpa, cuore dell'individualizzazione del giudizio colposo, sia stata da sempre marginalizzata.

della colpevolezza, in avanti, posto che un contesto straordinariamente complesso – come può essere quello pandemico – rende ancora più difficoltoso per il medico adeguarsi allo *standard* di diligenza ordinariamente richiesto²⁴⁴.

In tal senso, la colpa sarebbe permeata da una valutazione in termini di inesigibilità della condotta alternativa doverosa²⁴⁵. La valutazione dell'addebito, incentrata sulla tipicità, si sposterebbe nell'alveo della colpevolezza. L'interprete non si dovrà chiedere se la condotta dell'agente concreto fosse conforme a quella dell'agente modello, ma se la condotta dell'agente modello fosse concretamente esigibile nel contesto in cui versava lo stesso agente concreto²⁴⁶. Questa diversa valutazione è doverosa perché l'elevazione dello *standard* di diligenza e il parametro dell'agente modello sarebbero utilizzabili solamente se il titolare della condotta incriminata ha a disposizione gli strumenti materiali e le conoscenze scientifiche/tecniche necessarie per raggiungere quello *standard* di diligenza²⁴⁷.

²⁴⁴ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, p. 7.

²⁴⁵ Con la sentenza n. 38024 del 1° ottobre 2012, la Suprema Corte di Cassazione ha assolto un bagnino dall'accusa di omicidio colposo perché, non vigilando sulle vasche di sua pertinenza, ha causato la morte di un bambino di anni sei. Il Supremo collegio ha sottolineato che, affinché un soggetto assuma una posizione di garanzia, è necessario, tra gli altri requisiti, che questi sia dotato "di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato". Ebbene, nel caso di specie al bagnino era stata affidata la sorveglianza di ben 3 vasche, essendo per la Corte impossibile, e quindi inesigibile, una sorveglianza efficace su tutte le vasche. Così, dalle argomentazioni svolte dal Collegio, si evince come la responsabilità colposa sia necessariamente agganciata ad una valutazione in termini di esigibilità della condotta doverosa, essendo altresì necessari tutti gli strumenti e competenze per evitare il danno.

²⁴⁶ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, p. 7.

²⁴⁷ Almeno nel contesto emergenziale dovuto alla diffusione del Coronavirus, il modello della colpa per assunzione non è rilevante, in quanto le minori competenze dei medici non specializzati sono state indotte dalla stessa amministrazione ospedaliera che, per far fronte alle carenze d'organico e alle esigenze emergenziali, ha deciso di utilizzare anche personale professionalmente non formato per l'adempimento di alcuni compiti richiesti.

Del resto, circostanze emergenziali, anche diverse dal contesto pandemico, – come un paziente che arriva in pronto soccorso con un quadro clinico disperato che costringe il medico a effettuare delle scelte fulminee e poco ponderate – impongono una maggiore personalizzazione del giudizio di responsabilità che, in materia colposa, dovrebbe risiedere proprio nella misura soggettiva della colpa, rimanendo immutato il carattere precettivo della regola cautelare.

La misura soggettiva della colpa imporrebbe, all'interprete, da un lato una valorizzazione delle componenti soggettive e personali dell'autore della condotta e, dall'altro, la valorizzazione delle circostanze contingenti che possono incidere sul parametro dell'umana esigibilità della condotta conforme alla regola cautelare²⁴⁸. Solamente in questo quadro normativo-fattuale si potrebbe parlare di una responsabilità colposa “colpevole”, non essendo la sola violazione della regola cautelare sufficiente a muovere un giudizio di rimproverabilità nei confronti del soggetto agente²⁴⁹.

Ed invero, l'inesigibilità intende proprio valorizzare quelle circostanze anormali, concomitanti alla condotta medica, che hanno impedito al sanitario di determinarsi per come avrebbe fatto in un contesto ordinario.

Appare difficilmente contestabile che, nell'emergenza, un soggetto è indotto a tenere comportamenti che in un contesto ordinario non avrebbe adottato, ovvero avrebbe tenuto diversamente²⁵⁰. Soprattutto alla luce del ricorso a medici non specializzati nei reparti di pneumologia Covid, rispetto ai quali il confronto con

²⁴⁸ A condizione che il soggetto agente non abbia colpevolmente causato i presupposti contestuali che determinano l'inesigibilità del comportamento alternativo lecito.

²⁴⁹ F. MANTOVANI, *Il principio di soggettività e l'integrale recupero dei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 778 ss. Cfr. anche E. DI SALVO, *Pandemia da coronavirus, responsabilità del medico ed esigibilità della condotta alternativa doverosa*, 2020, reperibile in <https://www.unicost.eu/pandemia-da-coronavirus-responsabilita-del-medico-ed-esigibilita-della-condotta-alternativa-doverosa/>

²⁵⁰ G. BOVI, *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, p. 9.

l'agente modello, oltre che a portare a risultati sicuramente negativi, sarebbe giuridicamente inopportuno.

Il principio di inesigibilità potrebbe svolgere, in tal senso, una doppia funzione.

In prima istanza, potrebbe svolgere la funzione, molto contestata e oggi tendenzialmente rigettata in dottrina, di causa ultralegale di esclusione della colpevolezza anche in ambito medico, per tutti i casi non rientranti espressamente nella fattispecie prevista dall'art. 590-*sexies* c.p. Tuttavia, un simile approccio determinerebbe una totale emancipazione dello scudo penale dalle disposizioni legislative di riferimento. L'art. 590-*sexies*, ai fini della non punibilità dell'errore medico richiede pur sempre dei requisiti specifici che deve avere la condotta, come il perseguimento di raccomandazioni contenute nelle linee guida pubblicate ai sensi di legge, o buone pratiche in assenza di linee guida, adeguate alle specificità del caso concreto. Una causa di esclusione della colpevolezza extralegale, basata sul principio di inesigibilità, prescinderebbe da questo requisito minimo, in possibile contrasto con gli artt. 27 e 32 della Costituzione. In questo senso, sarebbe difficile pensare ad una scusante medica extralegale, che prescinda dal rispetto delle linee guida.

Diversamente, l'inesigibilità, come effettivamente oggi sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità e accolto anche in dottrina, potrebbe svolgere un ruolo diverso. Potrebbe porsi quale principio, oltre che parametro di giudizio, che sta alle spalle di cause scusanti previste espressamente dalla legge, come lo stesso art. 590-*sexies* c.p. Il principio di inesigibilità, come avvenuto per l'art. 384 c.p., potrebbe essere il veicolo di una interpretazione analogica che porti, quanto meno nei contesti emergenziali, non necessariamente dovuti alla diffusione del Coronavirus, ad allargare le maglie del ristretto ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* c.p., rompendo i confini dell'imperizia. La non punibilità dell'errore medico, in questo caso, non potrebbe comunque prescindere dal requisito minimo del rispetto delle linee guida adeguate alle specificità del caso concreto, il quale farebbe emergere il *deficit* di colpevolezza del medico che, pur avendo commesso un errore, abbia fatto uso di linee guida pubblicate ai sensi di legge.

Alla luce di tali argomentazioni, allora, ha senso e sembra inserirsi in maniera più che opportuna, il costante riferimento fatto dalla più recente giurisprudenza di legittimità all'applicazione dell'art. 2236 c.c. nel giudizio di responsabilità medica penale. Beninteso, non si tratterebbe di una applicazione diretta²⁵¹, bensì l'art. 2236 c.c. rilevarebbe come massima di esperienza o parametro di giudizio, che inviterebbe l'interprete a tener conto di tutte le peculiarità del contesto in cui la prestazione si è svolta, valutando con minor rigore la responsabilità del professionista medico qualora la prestazione tecnica eseguita sia di particolare difficoltà. Difficoltà della prestazione medica che può essere intrinseca – in quanto riferibile alla natura stessa della prestazione – ovvero estrinseca, in quanto resa difficoltosa dal contesto in cui essa si svolge.

Così, si potrebbe raggiungere quella che pare essere la soluzione più ragionevole, secondo parte della dottrina²⁵², di prevedere una causa di non punibilità non relegata ad una sola specificazione della colpa, che tenga conto dei fattori contestuali e organizzativi (numero dei pazienti coinvolti; carenza di risorse: farmacologiche, strumentali e umane; quadro clinico emergenziale del paziente; specializzazione del singolo operatore sanitario rispetto alla prestazione eseguita).

Si pensi al caso in cui il medico, costretto a effettuare turni di lavoro straordinari, eccedenti le dodici ore, commetta un errore esecutivo dovuto a negligenza o imprudenza, a causa della stanchezza e dello stress accumulato. Si pensi, ancora, alla somministrazione di farmaci *off-label* in situazioni di incertezza scientifica, ovvero all'esecuzione di prestazioni non coerenti con la specializzazione del singolo medico, in situazioni di carenza di personale sanitario adeguato.

²⁵¹ Cass. SS.UU., n. 30328/2002; Cass. pen., Sez. IV, n. 4391/2012: “Da questo punto di vista, effettivamente, il ridetto art. 2236 c.c. non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose”; Cass. SS.UU., n. 8770/2018.

²⁵² CALETTI G. M., *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari*, p. 8; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sis. pen.*, 30 marzo 2020, p. 10 ss.

In questi scenari, sullo sfondo del principio di inesigibilità e della massima di esperienza di cui all'art. 2236 c.c., l'applicazione analogica della scusante di cui all'art. 590-*sexies*, consentirebbe, sempre nel rispetto dei principi fondamentali di cui agli artt. 27 e 32 della Cost., di allargare le maglie dello scudo penale comprendendo condotte connotate da errori che, sebbene colposi, non risultano rimproverabili al soggetto agente perché non colpevoli.

4. La responsabilità medica d'*équipe*. L'inesigibilità quale confine tra il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale e i principi solidaristici di cui all'art. 2 Cost.

L'ambito della responsabilità medica d'*équipe* non è estraneo al principio di inesigibilità dove, anzi, sembra trovare terreno fertile.

Generalmente, appare più complesso individuare un criterio di attribuzione della responsabilità penale quando l'attività medico-chirurgica viene svolta in *équipe*. Difatti, alla luce del progresso medico-scientifico e dell'inevitabile processo di specializzazione del personale sanitario, è innegabile che l'attività medica abbia assunto un carattere ordinariamente plurisoggettivo.

Il processo diagnostico-terapeutico che porta alla guarigione del paziente, oggi dipende da procedimenti medici che richiedono il coinvolgimento di una pluralità di soggetti con diverse specializzazioni medico-scientifiche²⁵³.

L'attività medica d'*équipe*, pertanto, si caratterizza per la partecipazione di diverse professionalità mediche gerarchicamente organizzate, riferibili a diverse competenze disciplinari e/o specialistiche, le cui condotte sono causalmente orientate al raggiungimento di un unico obiettivo, il miglioramento dello *status* di salute del

²⁵³ M. L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, p. 2.

paziente²⁵⁴. Ed infatti, il carattere sempre più complesso delle prestazioni sanitarie ha influenzato l'organizzazione dell'attività professionale dei sanitari, ancorandola al sistema del “*Team Working*”²⁵⁵.

Alla luce di ciò, si può comprendere come, proprio nella cooperazione medico-chirurgica, possano sorgere degli interrogativi relativi ai confini e all'intensità del dovere di diligenza che ogni membro dell'*équipe* deve osservare.

Il punto focale della questione riguarda l'esistenza, o meno, di un dovere di controllo di ogni membro dell'*équipe* medica sull'operato dei propri colleghi; se e in che misura il componente dell'*équipe* sia tenuto ad osservare, oltre le regole cautelari che disciplinano il compito a lui assegnato, una regola cautelare ulteriore – la cui fonte risiederebbe proprio nella cooperazione con altri – che prescrive il dovere di controllare l'altrui operato ed eventualmente intervenire, al fine di correggere l'errore altrui. Del resto, proprio la cooperazione con altri è fonte di nuovi rischi, derivanti dal coordinamento di attività diverse.

La risposta che tradizionalmente viene data a tale quesito risiede nel principio di affidamento. Colui che partecipa ad un'attività cooperativa, rischiosa ma consentita, può confidare che ciascun membro del gruppo – *équipe* – si comporti rispettando le regole cautelari relative al proprio compito professionale²⁵⁶. Il principio di affidamento sarebbe quel meccanismo di selezione che, all'interno di attività cooperative che

²⁵⁴ L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, p. 1 ss. Con riferimento alla ripartizione dei compiti in attività cooperative, cfr. anche, dello stesso autore, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, p. 527 ss.

²⁵⁵ G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2019, p. 2 ss.

²⁵⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 590.

coinvolgono una pluralità di soggetti, consente al singolo di comportarsi confidando nella correttezza della condotta dei terzi²⁵⁷.

Il principio di affidamento (*vertrauensgrundsatz*)²⁵⁸, nato nel dibattito dottrinale tedesco in materia di circolazione stradale²⁵⁹, ha mostrato le sue potenzialità anche nell'ambito della responsabilità medica, dispiegando una efficacia di non poco conto laddove riesce a limitare il dovere obiettivo di diligenza incombente su ciascun membro dell'*équipe* medica²⁶⁰.

Senonché, proprio nell'ambito dell'attività medica d'*équipe* il principio di affidamento si estrinseca con maggior vigore, in quanto risponde a esigenze organizzative tipiche dello svolgimento di attività che, come quella medica, sono legate a un bisogno di ripartizione dei compiti. Vi sono dei casi, infatti, dove per fronteggiare al meglio dei rischi è necessario che vengano riunite competenze diverse con una razionale e organizzata divisione dei compiti.

Ed invero, la divisione dei compiti risponde ad una esigenza fondamentale: in una logica di efficacia ed efficienza dell'attività medica, lo specialista potrà concentrarsi sulle mansioni proprie, rispetto alle quali è maggiormente preparato.

²⁵⁷ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, p. 489.

²⁵⁸ Sulle posizioni della dottrina italiana con riferimento al principio di affidamento in materia di reati colposi cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 131.

²⁵⁹ Nell'ambito della circolazione stradale si è consolidato un orientamento giurisprudenziale molto rigoroso secondo cui il conducente è obbligato a tenere conto delle possibili scorrettezze altrui. Così, anche attraversando l'incrocio con semaforo verde, l'automobilista deve accertarsi di poter transitare in tutta sicurezza, premurandosi di verificare se qualcuno stia transitando con semaforo rosso. Con riferimento all'obbligo di avvedersi dalle imprudenze altrui, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, p. 215.

²⁶⁰ G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, p. 8 ss.

In tal senso, il principio di affidamento risponde a due esigenze fondamentali. Da un lato, la prima esigenza è quella organizzativa con riferimento ad attività multidisciplinari a rischio lecito, ma elevato, tale per cui la divisione dei compiti appare essere la strada migliore per la gestione del rischio.

In secondo luogo, vi è l'esigenza di contenere il rimprovero per colpa, non facendo gravare sui singoli membri del gruppo o dell'*équipe* l'onere, non solo di rispettare le regole cautelari della propria specializzazione, ma anche di esercitare un'attività di controllo degli altri membri dell'*équipe*.

Alla luce di tali considerazioni, il principio di affidamento sembra segnare il confine tra una serie di principi costituzionali fondamentali in materia di cooperazione medica e, in generale, di cooperazione colposa. Da un lato, il principio di personalità della responsabilità penale in forza del quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni od omissioni e, dall'altro lato, i doveri solidaristici e il diritto alla salute di cui agli artt. 2 e 32 Cost.

I principi costituzionali appena menzionati entrano in gioco con ruoli diversi laddove il contesto sia quello dell'attività medico-chirurgica d'*équipe*. Il principio di personalità della responsabilità penale richiede, ai fini della punibilità del reo, un coefficiente di adesione soggettiva del reo al fatto, che conduca ad un giudizio di rimproverabilità coerente con il principio di colpevolezza. In tal senso, colui che partecipa ad una *équipe* medica dovrebbe avere la possibilità, se non il diritto, di occuparsi dei soli compiti che attengono alla propria professionalità, al fine di svolgerli al meglio.

I principi solidaristici, invece, letti in combinato disposto con l'art. 32 della Costituzione, il quale tutela il diritto alla salute del paziente, richiederebbero invece che l'onere di diligenza del membro dell'*équipe* si estenda al punto da controllare l'operato degli altri colleghi, al fine di tutelare il paziente da eventuali errori che potevano essere evitati con una adeguata attività di vigilanza.

Il punto di equilibrio, nel giudizio di responsabilità penale, viene individuato grazie ai principi di affidamento e di inesigibilità.

Il principio di affidamento concede al soggetto del gruppo la facoltà di confidare nel rispetto delle regole cautelari e nella condotta diligente degli altri soggetti con cui sta cooperando²⁶¹.

Nell'ambito di una équipe medica, pertanto, si potrebbe affermare che chirurgo e anestesista, titolari di competenze e conoscenze medico-scientifiche diverse, siano responsabili limitatamente agli adempimenti relativi ai loro compiti, potendo confidare reciprocamente nel corretto svolgimento delle mansioni affidate all'altro²⁶².

Giova ricordare che il principio di affidamento non incontrerebbe limiti nella forma di cooperazione assunta. Esso, infatti, rilevarebbe sia nelle forme sincroniche che nelle forme asincrone dell'attività medico-chirurgica d'équipe.

L'attività medica sincronica è svolta in un medesimo contesto spazio-temporale. Si pensi all'équipe formata per un intervento medico-chirurgico, composta dal chirurgo primario, dai medici specializzandi, dall'aiuto medico, dall'anestesista, dagli infermieri, dal ferrista e da altre figure professionali di volta in volta individuate in relazione all'intervento da compire²⁶³.

Ancora, la cooperazione sincronica può essere orizzontale, quando unisce medici di diverse specializzazioni ma di pari autonomia, ovvero verticale quando unisce medici collocati in rapporto gerarchico tra loro (capo équipe e medici specializzandi, ad esempio). In quest'ultima forma di attività medica d'équipe, le ragioni della cooperazione sono dovute, essenzialmente, a una distribuzione dei compiti che, per ragioni quantitative, non possono essere svolte da un unico soggetto. Quest'ultimo, infatti, vertice gerarchico dell'attività cooperativa, il primario d'équipe, avrà il compito di organizzare e coordinare il lavoro, nonché supervisionare l'operato di tutta l'équipe

²⁶¹ F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 536.

²⁶² R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2020, p. 16.

²⁶³ G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, pp. 5 ss.

medica, affinché tutta l'attività sia causalmente orientata e coordinata alla buona riuscita dell'intervento²⁶⁴.

La cooperazione diacronica, invece, avviene in tempi successivi ma collegati tra loro. Si pensi alle analisi mediche effettuate da laboratori specializzati su richiesta del medico curante e da quest'ultimo utilizzate per la prescrizione della terapia; ovvero si pensi ancora ai casi in cui al trattamento medico del paziente concorrono più medici, in fasi successive, con diverse competenze specialistiche. La cooperazione diacronica darebbe vita e sostanza agli "obblighi relazionali negativi"²⁶⁵. Ed infatti, la successione temporale di diversi professionisti nella gestione della terapia, impone, *prima facie*, un dovere di controllo e di coordinamento della propria condotta rispetto alle condotte tenute precedentemente dai terzi collaboratori. Così, il medico che decide di somministrare un farmaco, deve verificare che i farmaci prescritti e usati precedentemente non entrino in conflitto ovvero non determinino reazioni allergiche dovute all'incontro delle diverse sostanze farmacologiche.

In tutti questi casi si può affermare che, nel contesto dell'attività medica d'*équipe*, la regola è costituita dal principio di affidamento, mentre il non affidamento è l'eccezione²⁶⁶. L'affidamento sarebbe espressione di una inesigibilità relativa all'attività medica, poiché non sarebbe umanamente esigibile che un membro del

²⁶⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, p. 529. All'interno di questa attività cooperativa gerarchicamente organizzata, ogni subordinato mantiene uno spazio di autonomia professionale, relativo agli obblighi e ai compiti che deve assolvere, che possono discendere dal ruolo rivestito all'interno del gruppo ovvero da ordini impartiti direttamente dal capo *équipe*.

²⁶⁵ L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, p. 13.

²⁶⁶ Si suole distinguere l'*équipe* operatoria, che rimanda solitamente ad una attività svolta in maniera sincrona, da un'*équipe* in senso lato, con la quale si intendono le altre forme di cooperazione medica asincrona. Diversa ancora è l'*équipe* emergenziale, dove il contributo di un operatore sanitario è occasionale, legato alla situazione d'emergenza. Cfr. G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, pp. 4 ss.

gruppo controlli anche l'operato degli altri, altrimenti verrebbe compromesso anche il corretto adempimento delle funzioni proprie.

4.1 Le eccezioni al principio di affidamento. Il principio di inesigibilità nell'attività medica d'équipe

Nell'attività medica d'équipe, in forza del principio di affidamento, ogni partecipante risponde solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e perizia relativi ai propri compiti professionali e specialistici. Solamente in questo modo, ciascun membro dell'équipe ha la facoltà di svolgere al meglio delle proprie capacità i propri compiti²⁶⁷. Così, il membro del gruppo non avrà l'onere di riconoscere l'errore o la negligenza altrui.

Tale regola generale scongiura il rischio di una imputazione penale ancorata ad una responsabilità di natura squisitamente oggettiva, garantendo il rispetto dei principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale²⁶⁸.

Senonché, come più volte affermato dalla giurisprudenza, sia penale che civile, in orientamenti ormai granitici in materia di responsabilità medica d'équipe²⁶⁹, un'applicazione rigida del principio di affidamento e di questa conseguente regola di tendenziale irresponsabilità per l'operato altrui, porterebbe a risultati fortemente antisolidaristici, sicché appare necessario individuare dei limiti o dei correttivi al principio di affidamento, relativizzandone la portata precettiva²⁷⁰.

²⁶⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 591.

²⁶⁸ G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, p. 7.

²⁶⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, n. 53315 del 18 ottobre 2016; Cass. pen., Sez. IV, n. 27314 del 20 aprile 2017; Cass. civ., Sez. III, n. 2060 del 29 gennaio 2018.

²⁷⁰ G. D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, p. 9.

Senonché, il principio di affidamento verrebbe meno in quelle situazioni in cui sia evidente, valorizzando le circostanze concrete o la posizione qualificata rivestita dal soggetto agente, il comportamento imprudente dei terzi, con corrispondente obbligo di avvedersi delle scorrettezze o degli errori altrui²⁷¹.

Da ciò deriva, in ambito medico-chirurgico, il primo limite al principio di affidamento che consiste nell'onere di avvedersi dell'errore "evidente" e "non settoriale" altrui.

In tal senso, la giurisprudenza ha affermato che "in ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, ogni sanitario è tenuto ad osservare, oltre che il rispetto delle regole di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine unico e comune"²⁷². Il sanitario, quindi, non può esimersi dall'effettuare un'attività di controllo dell'attività precedente e contestuale di un altro collega, eventualmente ponendo rimedio agli errori commessi dagli altri²⁷³.

²⁷¹ Così, normalmente, l'automobilista può far affidamento a che gli altri automobilisti si comportino rispettando le regole stabilite dal codice della circolazione stradale. Tuttavia, se l'agente riconosce una situazione di pericolo, in cui sia evidente che l'altro automobilista potrebbe non rispettare le regole cautelari, allora viene meno l'affidamento, con corrispondente emersione di una regola cautelare nuova, cioè quella di avvedersi dai comportamenti scorretti altrui. Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *Itinerari di Diritto Penale*, pp. 489-490.

²⁷² Cass. pen., Sez. IV, n. 22007 del 23 gennaio 2017.

²⁷³ La cooperazione fa sorgere in capo al soggetto un dovere cautelare in più rispetto alla medesima attività svolta in forma individuale. Questo accade perché la cooperazione è fonte di rischi ulteriori, derivanti dal necessario coordinamento di una pluralità di attività diverse in un contesto comune. Così, il membro del gruppo sarà onerato di riconoscere e rimediare all'errore altrui, qualora questo sia evidente e non settoriale. La cooperazione, quindi, è fonte in *re ipsa* di nuove regole cautelari, di vigilanza e controllo nei confronti dell'operato altrui. Tale aspetto rivesta una sua importanza in termini di disciplina, perché evidenzia la funzione incriminatrice, e non di mera disciplina, delle norme sul concorso di persone e, in particolare, sulla cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.*

Il principio di affidamento non può essere invocato laddove la condotta del collega d'*équipe* si sia concretizzata in una inosservanza delle *leges artis* che appartengono al patrimonio e al bagaglio culturale e professionale di ogni medico, con la conseguente prevedibilità e rilevabilità dell'errore altrui.

In buona sostanza, rispetto a quelle che possono essere considerate mansioni ordinarie, non riferibili a una specializzazione o ad una competenza specifica, sussiste un dovere di diligenza rispetto al controllo sull'operato altrui²⁷⁴. A queste circostanze, allora, il controllo sull'operato altrui è esigibile e conforme alle richieste dell'ordinamento.

Ed in effetti, l'*équipe* medica, sia che operi sincronicamente che diacronicamente, è da considerare come un'unità unica e compatta, volta al raggiungimento di un obiettivo unitario anche se mediante l'apporto di contributi diversificati²⁷⁵. Quindi, soltanto se l'errore rientra nel bagaglio culturale e professionale di ciascun medico ovvero rientri nel settore di specializzazione di cui il medico controllore fa parte, quest'ultimo potrà essere chiamato a rispondere della mancata vigilanza o controllo dell'attività altrui. Diversamente opinando, si arriverebbe ad ammettere una forma occulta di responsabilità oggettiva, derivante dalla mera circostanza di cooperare con altri.

Così, il medico, sia pure specialista in altra disciplina, deve attivarsi controllando l'attività precedente e contestuale degli altri membri del gruppo, "se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio"²⁷⁶

Invece, al contrario, il dovere di vigilanza di ogni sanitario sull'attività altrui, eventualmente ponendo rimedio a errori evidenti e non settoriali, viene meno in relazione a quelle fasi dell'intervento in cui i ruoli fra i professionisti sono nettamente

²⁷⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 22007/2017.

²⁷⁵ P. GRILLO, *Équipe medica: alcune precisazioni della Cassazione in tema di responsabilità colposa*, in *Dir. e giust.*, 9/2018, p. 10.

²⁷⁶ Cass. pen., Sez. IV, n. 53315/2016.

distinti. In quest'ultima ipotesi opera il principio di affidamento, per cui risponderà dell'errore colui che ricopriva una posizione apicale ovvero il soggetto che ha commesso l'errore riferibile alla sua specifica competenza medica²⁷⁷.

Il secondo limite all'operatività del principio di affidamento, invece, deriva dalla posizione apicale che un soggetto riveste all'interno dell'*équipe* medica.

La posizione ricoperta dal capo dell'*équipe* medica è diversa, in quanto riveste un ruolo primario e gerarchicamente sovraordinato rispetto agli altri membri del gruppo. Egli assume una posizione di garanzia, nei confronti del paziente, rispetto allo svolgimento di tutto l'intervento chirurgico, ed esercita altresì un potere organizzativo e decisorio nei momenti antecedenti, contestuali e successivi all'operazione chirurgica.

Rispetto a tale figura opererebbe un principio opposto a quello dell'affidamento²⁷⁸, cioè di non affidamento o di controllo generalizzato su tutti i componenti dell'*équipe* medica²⁷⁹. Il capo dell'*équipe* sarebbe onerato di un dovere di diligenza che si concretizza in un controllo totale dell'operato dei suoi assistenti, con l'obiettivo di riconoscere e porre rimedio ad errori, anche se questi non sono dotati dei connotati dell'evidenza o della non settorialità. Tale dovere di controllo non si esaurirebbe nella sola fase dello svolgimento dell'operazione chirurgica, ma si estenderebbe anche alla fase preparatoria e alla successiva fase post-operatoria.

Non solo, la responsabilità del primario o, in generale, del capo dell'*équipe* medica, va dalla *culpa in vigilando*, relativa all'onere di vigilanza e controllo dell'operato dei subordinati, alla *culpa in eligendo*, relativa alla scelta delle figure professionali necessarie e all'attribuzione dei compiti specifici²⁸⁰.

²⁷⁷ Cass. civ., Sez. III, n. 2060/2018.

²⁷⁸ Tra i precedenti, Cass. pen., nn. 48226/2012 e 33329/2015.

²⁷⁹ Secondo alcuni autori, rispetto al capo dell'*équipe* medica il principio di affidamento subirebbe un forte ridimensionamento, dovuto ad un dovere di supervisione generalizzato nei confronti di tutti i subordinati. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, pp. 529-530.

²⁸⁰ L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, p. 4.

Senonché, una tale forma di responsabilità, piuttosto estesa, rischierebbe di varcare i confini della responsabilità oggettiva, e per questo è essenziale individuare un correttivo che possa riportare la responsabilità del capo *équipe* nei ranghi della responsabilità colpevole. Tale parametro, viene individuato nell'esigibilità della condotta del capo *équipe*²⁸¹.

Occorre dare una lettura ermeneutica correttiva a questo generalizzato dovere di controllo incombente sul capo dell'*équipe* medica, di modo da ricollocarlo nel perimetro costituzionale del principio di colpevolezza. Ciò implica che tale dovere di controllo c'è finché risulta essere esigibile.

Laddove tale controllo non sia esigibile – per la particolare complessità dell'intervento chirurgico, che ha richiesto una netta separazione delle mansioni specialistiche; per l'attività riconducibile all'ordinaria amministrazione svolta dagli assistenti non soggetta a puntuale controllo del capo chirurgo – verrebbe meno la posizione di garanzia dello stesso capo *équipe*.

Secondo una lettura della Cassazione, tale controllo appare inesigibile tutte le volte in cui l'errore è stato commesso da colui che deteneva un sapere altamente specialistico, il quale giustificherebbe l'esclusiva responsabilità di colui che detiene tale conoscenza specifica rispetto al primario chirurgo che gestisce tutta l'*équipe* medica²⁸².

In quest'ultima ipotesi, infatti, il capo dell'*équipe* non può che affidarsi alle conoscenze specialistiche dell'assistente, posto che egli non è dotato – per quanto posto in una posizione di vertice all'interno del gruppo – di un bagaglio culturale e professionale idoneo a svolgere un controllo capillare sull'operato di soggetti

²⁸¹ E. BASSO, *Gli infermieri sbagliano il conto delle garze? Ne risponde il capo dell'équipe medica*, in *Ridare.it*, 2022, p. 3. Reperibile in <https://ridare.it/articoli/giurisprudenza-commentata/gli-infermieri-sbagliano-il-conto-delle-garze-ne-risponde-il-capo>.

²⁸² E. MACRÌ, *Brevi note in tema di responsabilità del c.d. secondo aiuto nell'ambito delle attività della équipe chirurgica*, in *Giorn. it. ort. traum.*, 44/2018, p. 77. Reperibile in https://www.giot.it/wp-content/uploads/2018/04/11_Art_Medicina-legale_Macr%C3%AC-1.pdf

specializzati in scienze mediche specifiche²⁸³. Il principio di affidamento tornerebbe ad operare laddove siano necessarie le competenze tecniche specifiche che appartengono al patrimonio culturale e professionale del solo soggetto subordinato. In tal senso sarebbe inesigibile un controllo sul suo operato, come lo sarebbe anche in tutte quelle circostanze in cui il capo *équipe* non possa materialmente svolgere direttamente ovvero supervisionare un determinato compito perché, ad esempio, impegnato in un'altra incombenza²⁸⁴.

In tal senso, il principio di affidamento andrebbe letto e applicato in combinato con il principio di inesigibilità, posto che in tutti questi casi dove si nega l'affidamento – segnali dall'allarme sul comportamento negligente altrui; capo dell'*équipe* medica – comunque il dovere di controllo troverebbe un limite nell'umana esigibilità di questa attività di vigilanza, alla luce delle circostanze concrete in cui si è svolta l'attività cooperativa.

²⁸³ La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 392 dell'11 gennaio 2022, si è pronunciata sulla responsabilità del chirurgo capo *équipe* per una garza lasciata nel corpo del paziente, a causa di un errore nella conta delle garze svolta dall'assistente infermiere. La Suprema corte ha affermato che l'attività di controllo sulle garze utilizzate durante l'intervento non è esclusiva dell'infermiere, ma si sostanzia anche nell'obbligo di vigilanza da parte del capo dell'*équipe* medica, che si deve accertare della correttezza dell'operazione di conteggio. Il primario, in forza della sua posizione di garanzia verso il paziente, è tenuto a vigilare sull'operato dei suoi sottoposti, soprattutto con riferimento ad attività che non rivestono carattere specialistico, ma appartengono al bagaglio culturale di ciascun medico. Sentenza reperibile in <https://portale.fnomceo.it/corte-di-cassazione-sent-n-392-del-11-01-2022-responsabilita-medica/>

²⁸⁴ L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, p. 12.

CAPITOLO III

IL TRIAGE DI EMERGENZA E LA SCELTA TRAGICA. IL CONFLITTO DI DOVERI NEL CAMPO MEDICO-SANITARIO.

1. Il *rebus* del conflitto di doveri nella dimensione costituzionale del principio di colpevolezza

La capillarità del principio di colpevolezza, che oggi si ramifica in tutti gli spazi della tutela penale dei beni giuridici, è ulteriormente confermata dal quel filo rosso che sembra collegare anche le tematiche inerenti al principio di personalità della responsabilità penale, il principio di inesigibilità e il conflitto di doveri.

Un conflitto di doveri sussiste allorché su uno stesso soggetto gravino, contemporaneamente, doveri di condotta incompatibili tra loro, nel senso che dall'adempimento dell'uno deriva l'impossibilità di adempiere l'altro²⁸⁵. Il conflitto di doveri, quindi, potrebbe trarre origine da una stessa norma che obbliga un soggetto a porre in essere due condotte tra loro incompatibili nella situazione concreta – come il caso del medico che, non avendo a disposizione macchinari respiratori sufficienti, può dedicare questi solamente ad un numero limitato di pazienti²⁸⁶ – ovvero potrebbe derivare da due o più norme diverse che impongono condotte tra loro inconciliabili.

²⁸⁵ In tali circostanze secondo parte della dottrina, ciò che verrebbe meno all'interno della struttura del reato è l'elemento dell'antigiuridicità, poiché non potrebbe essere considerata illecita una condotta che adempie a un dovere e, allo stesso tempo, inevitabilmente, ne disattende un altro. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 430.

²⁸⁶ In questa ipotesi l'efficacia salvifica della norma non può essere verificata *ex ante*, in quanto non è possibile prevedere se l'accesso al macchinario di sostegno alla respirazione produca l'efficacia salvifica sperata.

Il conflitto di doveri in materia penale, inoltre, assume un carattere del tutto peculiare. Esso assume carattere concreto che impedisce la risoluzione del conflitto sul piano di un'astratta valutazione delle norme in conflitto, "ma deve essere sempre filtrato attraverso l'accadimento umano, portatore di disvalori che conseguono all'osservanza dell'uno o dell'altro obbligo in conflitto"²⁸⁷.

La particolarità del conflitto di doveri, quindi, risiede proprio nella sussistenza di una pluralità di obblighi giuridici – spesso – di pari rango, tali per cui l'adempimento dell'uno impedisce l'adempimento dell'altro²⁸⁸. Il soggetto agente viene posto dinanzi ad una alternativa, talvolta definita come tragica, perché obbligato a tenere una condotta che impedisce il soddisfacimento ovvero il rispetto di tutti gli obblighi giuridici in gioco, essendo costretto a sacrificare un interesse parimenti rilevante.

In tal senso, appare evidente una differenza fondamentale con quanto affermato nei capitoli precedenti, con riferimento al principio di inesigibilità. Quest'ultimo, infatti, trova applicazione laddove sia impossibile, per il soggetto agente, tenere la condotta alternativa doverosa perché, a causa di un turbamento emotivo ovvero per altra ragione, egli non ha realmente un'alternativa in quanto difetta del dominio degli eventi. Al contrario, nelle situazioni di conflitto di doveri, l'alternativa doverosa c'è ed è possibile, soltanto che ne esiste un'altra, altrettanto doverosa e dotata di un substrato assiologico equivalente. Tuttavia, tali condotte sarebbero legate da un rapporto di reciproca esclusione, posto che l'adempimento della prima impedisce al soggetto di conformarsi anche alla seconda.

I contesti dove viene evocato il principio di inesigibilità sono quelli in cui l'alternativa rispetto alla condotta illecita concretamente tenuta esiste, ma l'ordinamento non può esigerla, e per questo l'autore del fatto viene scusato, perché

²⁸⁷ E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem?*, p. 94. È anche possibile che l'ordinamento consideri come non meritevole di pena il soggetto che con la sua condotta adempia un dovere non astrattamente prevalente rispetto all'altro dovere in conflitto, ma che appare tutto sommato socialmente accettabile sul piano della bilancia dei valori dell'ordinamento.

²⁸⁸ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, p. 15.

non poteva determinarsi altrimenti²⁸⁹. Nelle fattispecie caratterizzate dal conflitto di doveri, invece, l'alternativa esiste ed è sostanzialmente possibile e doverosa, soltanto che questa rende impossibile l'adempimento di un altro obbligo giuridico contrastante.

Così si spiega come mai parte della dottrina tenda a collocare il conflitto di doveri nell'alveo dell'antigiuridicità, poiché la condotta conforme ad un obbligo, e che al tempo stesso implica la non osservanza dell'altro, non può essere considerata illecita al di là delle conseguenze negative che essa possa provocare²⁹⁰.

I conflitti di doveri possono essere propri quando hanno carattere interno all'ordinamento, ovvero impropri, quando, invece, sono costituiti da un'antinomia tra una norma dell'ordinamento giuridico interno e una di un altro ordinamento. Essi, secondo autorevole dottrina, diverrebbero rilevanti quando la situazione di conflitto porterebbe il soggetto a tenere un comportamento che integri gli estremi di una fattispecie penale incriminatrice²⁹¹.

Il conflitto di doveri proprio è considerato risolvibile, e quindi apparente, quando è risolvibile mediante l'applicazione dei tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie tra norme: il criterio di specialità, il criterio cronologico e il criterio della competenza. Senonché, nel dibattito tedesco, il conflitto di doveri si ritiene normalmente risolvibile anche mediante l'applicazione di un altro criterio, cioè quello del bilanciamento dei beni e dei doveri. Esso, a differenza di quanto possa sembrare,

²⁸⁹ Alla luce delle argomentazioni svolte sul principio di inesigibilità, quest'ultimo può determinare un'efficacia scusante soltanto in ipotesi tassative, previste espressamente dal legislatore mediante cause scusanti tassativamente previste.

²⁹⁰ E DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, p. 15.

²⁹¹ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 10. Di fronte ad una situazione del genere, come osservato dall'autore, nella dottrina tedesca il conflitto di doveri si muove su tre questioni nel seguente ordine: 1) se possa escludersi l'antigiuridicità penale; 2) se, ammessa l'antigiuridicità, possa escludersi la colpevolezza; 3) se, ammessa la sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, il conflitto di doveri possa costituire causa di esclusione della punibilità. Quest'ultima soluzione proposta da K. PETERS, *Zur Lehre von den persönlichen Strafausschliessungsgründen*, in *Juristische Rundschau*, 1949, p. 496.

non è un criterio extragiuridico, ma anzi deve basarsi sul confronto delle fattispecie e dei beni che tutelano²⁹². Senonché, è pacifico, che la differente base di questi criteri, logica e assiologica, conduce ad una maggiore incertezza del criterio del bilanciamento dei beni e dei doveri rispetto agli altri.

Invece, il conflitto di doveri è insolubile quando è irrisolvibile mediante l'applicazione dei predetti criteri, logici e assiologici. I conflitti insolubili possono essere sia propri, che impropri quando il conflitto riguardi norme dell'ordinamento giuridico e norme etiche.

L'indagine sulla natura giuridica del conflitto di doveri nonché la sua collocazione nei vari rami dell'ordinamento, non può prescindere da una precisazione con riferimento al conflitto tra le norme in gioco. Ed invero, nel dibattito dottrinale si suole distinguere il "concorso di norme", il "conflitto di norme" e "l'antinomia"²⁹³. Con la terminologia concorso di norme, si intende il fenomeno della convergenza di una pluralità di norme verso una medesima situazione di fatto²⁹⁴, che disciplinano in modo diverso, senza però determinare alcuna antinomia. In questo caso, infatti, dalle stesse disposizioni in conflitto sarebbero ricavabili degli elementi risolutivi del conflitto, tale per cui esso possa essere considerato un mero concorso apparente di norme e la condotta giustificata, in quanto il dovere prevalente è chiaro e predeterminato dal legislatore²⁹⁵. Invece, con riferimento al conflitto di norme, si intende la situazione in

²⁹² A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, pp. 90-91.

²⁹³ In tal senso, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 20 ss. Cfr. anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 479.

²⁹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 722.

²⁹⁵ E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem?*, pp. 119 e 120. L'autore distingue essenzialmente tre tipologie di conflitti di doveri risolvibili: conflitti "normativamente composti", dove la prevalenza di un dovere sull'altro è oggettivamente prestabilita dal legislatore; conflitti "normativamente indicati", risolvibili induttivamente, mediante l'applicazione di criteri normativi; conflitti "assiologicamente componibili", risolvibili sul piano del disvalore sottostante alla violazione dei doveri in conflitto.

cui più norme confluiscono verso una medesima situazione di fatto qualificandola, al tempo stesso, in termini diametralmente opposti (in senso di permesso e in senso di divieto).

La differenza tra concorso di norme e conflitto di norme risiede sul piano della funzione della norma. Ed infatti, il concorso di norme attiene al piano delle conseguenze giuridiche previste dall'ordinamento, la c.d. funzione secondaria della norma giuridica. Invece, il conflitto tra norme appartiene alla funzione primaria delle norme, cioè quella di orientare le condotte dei consociati.

Infine, si parlerebbe di antinomia tra norme che, nella ricostruzione di Engisch, rappresenterebbero situazioni di conflitto di doveri, con riferimento a “*contraddizioni razionali tra più norme ugualmente valide ed efficaci all'interno di un medesimo ordinamento*”²⁹⁶; senonché, nella ricostruzione di Viganò, opportunamente si espone qualche riserva circa la distinzione tra “conflitto” e “antinomia”, posto che le due espressioni vengono utilizzate in maniera sostitutiva, stante anche l'identità del significato letterale. Al più, come avviene sempre alla ricostruzione di Engisch, alle contraddizioni razionali potrebbero essere ricondotte le antinomie improprie, dove il conflitto riguarda una norma dell'ordinamento ed una norma extragiuridica di natura morale²⁹⁷.

Le norme in questione conserverebbero i connotati fondamentali della validità e dell'efficacia, senonché applicate alla medesima situazione di fatto determinerebbero un conflitto insanabile, derivante dall'impossibilità per l'agente di conformarsi ad entrambe.

La nozione di antinomia che pare opportuno accogliere, in conclusione, è quella che fa riferimento ad una situazione in cui “due norme non possono essere entrambe

²⁹⁶ K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 21, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 479.

²⁹⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 92, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, pp. 479-480.

applicate o entrambe osservate, in un unico e stesso caso che entrambe disciplinano”²⁹⁸.

Inquadrato il conflitto di doveri nell’ambito delle antinomie giuridiche, è possibile adesso proseguire l’indagine sulla natura giuridica e l’inquadramento sistematico del conflitto di doveri che, almeno nell’ordinamento italiano, non ha ancora trovato una soluzione pacifica.

Il dibattito è alimentato dalle incertezze che ancora regnano sulla sistematica delle cause di esclusione della punibilità e sulla natura giuridica dello stato di necessità che oggi, per quanto modulato dall’art. 54 del c.p. in termini di causa di giustificazione, appare meritevole di un inquadramento duale, come causa di giustificazione e come causa scusante (v. Cap. II, par. 3).

Ebbene, mentre nell’ordinamento tedesco la tematica del conflitto di doveri viene trattata con esclusivo riferimento allo stato di necessità (giustificante), nell’ordinamento italiano le norme che verrebbero in rilievo sarebbero due²⁹⁹.

In primo luogo, l’art. 51 c.p.³⁰⁰, rubricato “Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere”, il quale disciplina l’adempimento del dovere come scriminante autonoma. In tal senso, tale norma sembra essere risolutiva rispetto alle situazioni di conflitto di doveri in cui verserebbe il soggetto agente. Così, l’adempimento di uno dei doveri in conflitto, escluderebbe la punibilità per non aver osservato l’altro dovere in conflitto.

²⁹⁸ VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 480.

²⁹⁹ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, p. 14.

³⁰⁰ Art. 51 c.p.: “L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell’Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine”.

In secondo luogo, la seconda norma che verrebbe in rilievo sarebbe l'art. 54 c.p. sullo stato di necessità, la quale – sulla scia di quanto avviene nell'ordinamento tedesco – verrebbe considerata anch'essa norma potenzialmente risolutiva delle fattispecie dove emergerebbe un conflitto di doveri³⁰¹.

Senonché, con non poche critiche da parte della dottrina³⁰², il dibattito si è orientato nel senso di sussumere le fattispecie di conflitto di doveri sotto l'ombrello dell'art. 51 del c.p. Ed invero, tale norma sembra funzionare perfettamente laddove il conflitto di doveri sia alimentato da un rapporto di specialità tra due norme, per l'appunto in conflitto. Si pensi alla polizia giudiziaria che esegue un arresto obbligatorio in flagranza di reato ex art. 380 c.p.p. Tale norma si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 605 del c.p., il quale disciplina il delitto di sequestro di persona e, quindi, incrimina la condotta di colui che priva un altro soggetto della libertà personale. Così, la condotta della polizia giudiziaria sarebbe scriminata dall'adempimento del dovere, confermando la prevalenza della norma speciale (di permesso) rispetto a quella generale (di divieto).

Senonché, come già detto, oltre alla scriminante di cui all'art. 51 c.p., i conflitti di doveri potrebbero essere risolti anche in forza dello stato di necessità, di cui all'art. 54 c.p., con particolare riferimento ai conflitti di doveri relativi ai beni fondamentali, come vita o integrità fisica.

Ed invero, queste situazioni di conflitto, spesso, sono caratterizzate dalla circostanza che per il soggetto agente è impossibile adempiere ad entrambi i doveri, come ad esempio salvare entrambe le vite in gioco, in quanto l'adempimento di un obbligo (di soccorso) verso un soggetto, implica necessariamente la rinuncia alla tutela di un bene (vita) di un altro soggetto. Verosimilmente si tratta di casi dove il conflitto appare insolubile, in quanto il soggetto agente agisce nella piena consapevolezza del

³⁰¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 514 ss.

³⁰² Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 514 ss.

dilemma³⁰³, ed infatti la condotta è pienamente cosciente e libera, soltanto che risponde ad una “insuperabile necessità morale”³⁰⁴. Fattispecie di questo genere si sono verificate nei *triage* emergenziali durante il diffondersi della pandemia da Covid-19, a causa dei limitati macchinari disponibili di respirazione meccanica assistita. In tali circostanze il personale medico è stato chiamato a scegliere quale, tra più soggetti, fosse meritevole di accedere un trattamento terapeutico prioritario rispetto agli altri, nella consapevolezza che il ritardo nel garantire l’assistenza respiratoria assistita agli altri pazienti ne avrebbe determinato la morte o, comunque, una drastica riduzione delle possibilità di sopravvivenza.

In questi particolari conflitti, allora, verrebbe valorizzato il turbamento emotivo nel quale versava il soggetto agente al momento della condotta, e che gli avrebbe impedito di agire in altro modo. In tal senso, lo stato di necessità non verrebbe più in rilievo quale causa giustificante, bensì come causa scusante³⁰⁵, il quale esclude che possa essere mosso un giudizio di rimproverabilità nei confronti di colui che, in assenza di mezzi o strumenti necessari, non abbia potuto salvare entrambe le vite in gioco.

³⁰³ Come affermò End, con riferimento alle situazioni in cui più doveri collidono, si tratterebbe di situazioni di “inevitabilità della colpa, nonostante il non essere colpevole”, H. END, *Existentielle Handlungen im Strafrecht*, München, 1959, in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 116.

³⁰⁴ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 109.

³⁰⁵ Una soluzione analoga viene proposta da Fletcher, che ricostruisce la categoria dei conflitti di doveri sulla scorta dei c.d. “*inconsistent duties*”, risolvibili sul piano dello stato di necessità scusante, sul presupposto di uno “spazio immune dal diritto”. G.P. FLETCHER, *Rethinking*, p. 852 ss e E. MEZZETTI, *Necessitas*, p. 134.

2 Metodi di risoluzione del conflitto di doveri. Utilitarismo e doveri morali

Il modo in cui la società risponde alle diverse ipotesi di conflitto di doveri, in buona sostanza, ci dice implicitamente qual è il substrato assiologico che muove quella determinata società in quel determinato momento storico. La problematica dei conflitti di doveri, infatti, prima di essere una questione giuridica, è una tema che attiene al farraginoso quanto magmatico ambito delle scelte etiche.

Nel dibattito dottrinale, dopo l'emergenza epidemiologica da diffusione del virus *Covid-19*, ha ritrovato vigore la problematica della scelta tragica. Quest'ultima, infatti, dal punto di vista giuridico è una situazione esemplare di conflitto di doveri, la quale appare tragica per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché da questa scelta discende una lesione di un bene fondamentale della persona umana, come la vita o l'integrità fisica. Inoltre, la scelta è tragica perché la risoluzione di quest'ultima implica un turbamento emotivo, essa mette il soggetto agente davanti ad una alternativa la cui soluzione dipende da un conflitto che, prima ancora che essere giuridico, è etico e morale³⁰⁶.

Invero, le scelte tragiche si distinguono dalle scelte meramente difficili perché le prime sono il preludio di un cambiamento – ovvero di una conferma – del paniere etico e valoriale che governa determinate situazioni di fatto. Sono scelte che implicano un bilanciamento di valori che, tuttavia, nella prassi, si rivela impossibile perché dalla tutela di un valore si concretizza inevitabilmente la lesione di un altro. La scelta è

³⁰⁶ P. STEFANÌ, *Diritto, religione e scelte tragiche*, in *Scelte tragiche, quaderni del Dipartimento jonico*, 2021, a cura di G. LOSAPPIO, DJSGE, Bari, 2021, p. 104 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema delle scelte tragiche e dei dilemmi morali cfr., tra gli altri, G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006; M. SANDEL, *Giustizia, il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, III Ed., 2014; D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina Ed., Milano, 2014; O. DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2022;

tragica perché irrisolvibile, almeno nell'immediato, sul piano dell'applicazione delle norme giuridiche³⁰⁷. Si tratta di un conflitto irrimediabile, il quale provoca nel soggetto agente un trauma psicologico derivante dalla scelta, per l'appunto "tragica", di quale valore salvaguardare e quale sacrificare.

Durante l'emergenza epidemiologica, in un contesto caratterizzato dalla carenza di personale sanitario, di posti letto e di macchinari – come i ventilatori polmonari che garantiscono assistenza artificiale alla respirazione –, il personale sanitario è stato costretto a scegliere chi curare e chi no. Questa è stata una scelta tragica, derivante dall'impossibilità di salvaguardare tutti i pazienti, dovendo scegliere, non sulla base della prevalenza dei beni – perché si trattava di beni equivalente, cioè la vita dei pazienti – ma sulla base del quadro clinico individuale del paziente o di altri criteri talvolta anche extraclinici³⁰⁸.

Taluni conflitti morali nascono proprio dal contrasto tra diversi principi etici. Sarebbe agevole, ad esempio, rispondere alle scelte tragiche del *triage* emergenziale in un'ottica meramente utilitaristica³⁰⁹, utilizzando criteri quali l'età, il ceto sociale di

³⁰⁷ P. STEFANI, *Diritto, religione e scelte tragiche*, in *Scelte tragiche, quaderni del Dipartimento jonico*, p. 105.

³⁰⁸ L. TAFARO, *Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche*, in *Scelte tragiche, quaderni del Dipartimento jonico*, a cura di G. LOSAPPIO, p. 116.

³⁰⁹ La logica utilitarista è stata al centro del dibattito pubblico quando, soprattutto nelle prime fasi della diffusione del Coronavirus, dovesse essere raggiunto quel delicato equilibrio tra tutela della salute e dell'integrità fisica di tutti i cittadini – con particolare riferimento alla categoria dei soggetti particolarmente vulnerabili, come anziani o soggetti già affetti da altre patologie – e le esigenze economiche della società. Da un lato, si tratta di ridurre le morti da contagio e, dall'altro, i costi economici da sostenere a seguito della chiusura forzata delle attività economiche. In tal senso, ci si è interrogati, su quanti contagi e quante morti siamo disposti a sostenere per poter riaprire le attività economiche dello Stato. Senonché, questo limite è stato implicitamente individuato, verosimilmente, con la capacità delle strutture sanitarie di sostenere clinicamente la diffusione del contagio, essendo massima l'allerta qualora i posti nei reparti di terapia intensiva raggiungessero una soglia di occupazione critica. In tal senso v. P. PARADOLESI, *Pandemie e scelte tragiche*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, 2021, pp. 66-67.

appartenenza, la professione svolta. Senonché, tali criteri, per quanto possano garantire la sopravvivenza di soggetti economicamente più “utili” alla comunità, cozzano con la morale delle persone chiamate ad adottare tali scelte.

L’esempio paradigmatico di tale contrasto è il celebre caso del tram fuori controllo o dello scambio ferroviario.

L’uso di queste situazioni paradigmatiche è di frequente uso nella filosofia del diritto. L’obiettivo, tuttavia, non è quello di prevedere la condotta di un soggetto in una determinata situazione di fatto, bensì quello di comprendere il substrato morale che porta alla c.d. scelta tragica³¹⁰.

Nell’esempio del tram fuori controllo si evince la drammaticità del contrasto fra diversi doveri morali, quali quello di salvare più vite possibile e quello di non sacrificare la vita di un innocente³¹¹.

Immaginiamo un tram fuori controllo, senza freni, lanciato a precipizio sulle rotaie verso un gruppo di cinque operai fermi sul binario che stanno svolgendo ordinari lavori di manutenzione. Se il tram dovesse travolgere gli operai questi moriranno.

Tuttavia, ci accorgiamo che in un binario laterale c’è un solo operaio al lavoro e, tirando la leva dello scambio ferroviario, possiamo deviare il tram fuori controllo verso questo binario laterale, salvando la vita dei cinque operai ma sacrificando la vita di quello che lavorava sul binario laterale.

In questa circostanza la cosa giusta da fare sembra ovvia, perché in un’ottica meramente utilitaristica salvare cinque vite è preferibile rispetto a salvarne solamente una. Senonché, in tale situazione paradossale, vi è un conflitto insanabile tra doveri negativi: quello di evitare la morte di cinque operai e quello di evitare la morte di un solo operaio.

³¹⁰ M. B. SAPONARO, *L’insostenibile leggerezza del tragico*, in *Scelte tragiche, Quaderni del dipartimento Jonico*, a cura di G. LOSAPPIO, 2021, p. 82 ss.

³¹¹ M. SANDEL, *Giustizia*, p. 32.

Assolvere ad entrambi i doveri è impossibile, di conseguenza è necessario scegliere un criterio, come quello utilitaristico che, *prima facie*, appare quello più opportuno, che consenta al soggetto coinvolto di prendere una decisione³¹².

Tuttavia, abbandonando l'ottica utilitaristica, è innegabile come ci sia una certa tensione nella scelta di chi vive e chi muore. Soprattutto laddove tale scelta contempli un eventuale condotta attiva – spostare la leva dello scambio ferroviario – che introduca un ulteriore elemento di drammaticità e di turbamento emotivo. Ed invero, vi è una differenza fondamentale tra ciò che si fa e ciò che si permette che avvenga³¹³. Spingere la leva, e decidere di sacrificare il singolo operaio salvando gli altri cinque, per quanto sia la scelta utilitaristicamente più opportuna, non è quella più agevole o preferibile dal punto di vista morale, poiché sembra più ingiusta³¹⁴.

Consideriamo, adesso, un'altra versione dell'esempio appena riportato. Immaginiamo di poter fermare la corsa del tram fuori controllo, e al contempo di salvare la vita degli operai a valle, spingendo da un ponticello che attraversa la linea ferroviaria, un uomo di robusta statura sui binari, fermando così la corsa del carrello ferroviario.

Nel primo esempio, il pericolo della morte degli operai poteva essere scongiurato attivando una leva, mentre nel secondo caso, la corsa del tram verrebbe interrotta attraverso la violazione dei diritti dell'uomo sopra il ponticello.

È perfettamente normale, nell'ultima versione del tram fuori controllo, provare una sensazione di ribrezzo o di riluttanza nei confronti della decisione di colui che spinge l'uomo robusto sui binari per fermare la corsa del tram. In questo caso, infatti, è più evidente lo strappo con i principi e i diritti dell'ordinamento e della persona, anche se gli effetti sono uguali: il sacrificio di una persona a fronte di cinque operai salvi.

La scelta sarebbe ancor più tragica se sostituissimo all'operaio nel binario laterale un bambino, ovvero un prossimo congiunto del soggetto chiamato a muovere la leva

³¹² M. SANDEL, *Giustizia*, p. 30 ss.

³¹³ M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico*, in *Scelte tragiche*, p. 84.

³¹⁴ M. SANDEL, *Giustizia*, p. 31.

dello scambio ferroviario. Mentre negli altri casi le persone tendono a preferire la scelta utilitaristica, in quest'ultimi esempi, invece, sono più restie dall'adottarla, poiché essa potrebbe determinare delle conseguenze personali³¹⁵.

Tali fattispecie paradossali sono utili perché ci dicono che la scelta morale non riguarda solamente ciò che dovremmo fare in una determinata situazione di fatto, ma qualcosa di più. Ci dicono quali sono i valori contrastanti e prevalenti all'interno di una società in un dato momento storico, poiché da questi deriverebbe una diversa reazione dei consociati a queste situazioni di pericolo o scelte tragiche. Questi dilemmi etico-morali, rappresentativi di conflitti difficilmente risolvibili sul piano dell'applicazione delle norme giuridiche già previste dall'ordinamento, non sono utili per predire il futuro, ma per capire chi siamo e cosa vogliamo essere all'interno di una comunità³¹⁶. Sebbene la risposta utilitaristica appaia la più ragionevole, perché frutto di un bilanciamento quantitativo di interessi equivalenti, non sempre effettivamente risulta essere la scelta migliore dal punto di vista morale.

Un cieco approdo all'utilitarismo nella risoluzione dei conflitti di doveri potrebbe portare a situazioni paradossali o comunque contrastanti con il paniere valoriale della comunità.

Supponiamo che ci siano cinque pazienti gravemente ammalati, bisognosi di un trapianto: i primi due di un rene, gli altri due dei polmoni e l'ultimo di un cuore. Il trapianto è necessario altrimenti moriranno. Il medico, a questo punto, per salvarli potrebbe decidere di sacrificare un paziente giovane e sano, appena ricoverato in ospedale, al fine di reperire gli organi necessari per il trapianto che, a questo punto, salverebbero ben cinque vite. Ebbene, per spiegare il motivo per cui tale scelta sembra abominevole, pare opportuno distinguere i doveri negativi e i doveri positivi che ricadono su un soggetto. Obblighi negativi sono i doveri di non interferire nella vita

³¹⁵ M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico, in Scelte tragiche*, p. 89.

³¹⁶ M. SANDEL, *Giustizia*, pp. 31-32.

delle altre persone; obblighi positivi, invece, sono tutti gli obblighi di soccorso relativi all'integrità e alla vita delle persone³¹⁷.

Apparentemente, tale contrasto appare insolubile, perché contrappone due doveri fondamentali. Da un lato, il divieto di uccidere e, dall'altro, l'obbligo di tutelare la vita di soggetti in pericolo. Ebbene, se davvero non fosse risolvibile un tale conflitto, allora, si dovrebbe concludere nel senso della liceità di entrambe le condotte, perché se l'ordinamento non riesce *ab origine* a individuare la condotta preferita, non si vede come possa essere sanzionato il singolo consociato costretto ad adottarla³¹⁸.

Senonché, secondo una dottrina oggi prevalente e preferibile, dovrebbe affermarsi l'illiceità della sola violazione del divieto di uccidere, con conseguente liceità dell'omissione di salvare la vita altrui. Una tale conclusione postula, quindi, la prevalenza del divieto di uccidere sull'obbligo di soccorso, del dovere di astenersi dal cagionare un danno ad un innocente sul dovere di soccorrere una vita. Ed infatti, a ben vedere, tale soluzione potrebbe essere utilizzata in tutte quelle situazioni di conflitto di doveri che hanno ad oggetto, da un lato la tutela della libertà della persona e il principio di non interferenza nella vita altrui e, dall'altro, l'obbligo di salvare le vite umane³¹⁹.

Per l'appunto, nell'ultimo scenario rappresentato – come anche in quello dell'uomo robusto lanciato dal ponticello per fermare il carrello ferroviario – il dovere positivo di salvare delle vite entrerebbe in contrasto con il dovere negativo di non interferire nella vita degli altri, lasciandone intatta la sfera giuridico soggettiva. In queste fattispecie appare preferibile, quanto meno in via di principio, assolvere al dovere negativo di astenersi dall'interferire con la vita degli altri rispetto all'obbligo di soccorso. Appare più grave, se non illecito, uccidere qualcuno per salvarne un altro,

³¹⁷ D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, pp. 34-35.

³¹⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 540.

³¹⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 541.

rispetto a lasciare morire un soggetto perché la sua sopravvivenza dipenderebbe dall'uccisione di un altro.

La considerazione degli stati emotivi, del turbamento psicologico associato ad un evento come una scelta tragica derivante da un conflitto di doveri, imporrebbe all'interprete una valutazione differenziata quando è in gioco il giudizio di responsabilità penale con riferimento ad una certa condotta. In tal senso, il piano dove svolgere quest'ordine di valutazioni dovrebbe essere quello della colpevolezza, vagliando la concreta rimproverabilità del soggetto per il fatto commesso.

Del resto, se traslassimo quanto appena detto nel contesto medico-sanitario, le criticità sarebbero analoghe. Anzi, emergerebbe con maggior vigore quella tensione fra due obblighi contrapposti: il divieto di uccidere e l'obbligo di soccorso e di tutela della vita umana.

3. Il conflitto di doveri in ambito medico. La scelta tragica e il *triage* d'emergenza

In alcune regioni d'Italia, soprattutto quelle settentrionali, nella fase iniziale della pandemia le richieste di soccorso divennero massive, tanto da andare oltre le capacità dello stesso sistema sanitario nazionale. La domanda di cure rianimatorie, intensive e sub intensive, fu tale che le strutture sanitarie non riuscirono a soddisfare tutte le richieste, dovendo necessariamente scegliere il paziente clinicamente "più meritevole" di poter fruire della ventilazione assistita³²⁰.

La rapidità della diffusione del Coronavirus ha determinato una situazione emergenziale straordinaria, soprattutto con riferimento al numero di pazienti che richiedevano assistenza medica alle strutture sanitarie.

Fu immediato, quindi, il problema dell'allocazione delle risorse sanitarie, evidentemente non sufficienti per garantire a tutti i richiedenti le cure e il sostegno

³²⁰ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid-19" e "scelte tragiche"* (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia"), p. 11.

sanitario necessari. Nella fase iniziale, difatti, la prima risposta del sistema sanitario fu quella di rinunciare ad effettuare tutti gli interventi diagnostico-terapeutici non urgenti³²¹, e di trasferire i pazienti presso unità di soccorso diverse al fine di ripartire, su tutto il territorio regionale, il peso dell'assistenza sanitaria³²². Fu incrementato anche il numero dei posti letto e vennero costruite delle strutture temporanee di soccorso anche dalla protezione civile.

Senonché, tali misure furono insufficienti, in quanto non tutte le domande vennero soddisfatte per l'insufficienza delle risorse umane e materiali, con particolare riferimento ai macchinari che garantiscono la respirazione assistita del paziente, nei reparti di terapia intensiva e sub intensiva³²³.

³²¹ Di tale circostanza era ben consapevole la SIAARTI, che già con le raccomandazioni pubblicate il 6 marzo 2020, aveva affermato al punto n. 2 che *“l’allocazione è una scelta complessa e molto delicata, anche per il fatto che un eccessivo aumento straordinario dei letti intensivi non garantirebbe cure adeguate ai singoli pazienti e distoglierebbe risorse, attenzione ed energie ai restanti pazienti ricoverati nelle Terapie Intensive. È da considerare anche l’aumento prevedibile della mortalità per condizioni cliniche non legate all’epidemia in corso, dovuta alla riduzione dell’attività chirurgica ed ambulatoriale elettiva e alla scarsità di risorse intensive”*. M. VERGANO, G. BERTOLINI, A. GIANNINI, G. GRISTINA, S. LIVIGNI, G. MISTRALETTI, F. PETRINI, *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, SIAARTI, pubblicate il 6 marzo 2020. Reperibile in <https://www.sicp.it/documenti/altri/2020/03/siaarti-raccomandazioni-di-etica-clinica-per-lammissione-a-trattamenti-intensivi-e-per-la-loro-sospensione/>.

³²² *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse. Indicazioni per l’attuazione del capitolo 9.3 delle direttive dell’ASSM “provvedimenti di medicina intensiva” (2013)*, p. 1ss. Reperibile in <https://www.samw.ch/fr/Ethique/Apercu-des-themes/Medecine-intensive.html>.

³²³ G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l’emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in Ass. it. cost., 3/2020, p. 1 ss.

In questo contesto di straordinaria emergenza, è nato il dibattito sui criteri utili che potessero governare l’allocazione delle risorse sanitarie, ma che potessero anche disegnare un percorso di natura tendenzialmente oggettiva che potesse guidare il personale sanitario nel *triage* d’emergenza. Si tratta di criteri – elaborati in Italia dal Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) e dalla Società Scientifica Italiana degli Anestesisti Rianimatori e Terapisti del dolore (SIAARTI) – che individuano dei parametri mediante cui il medico può effettuare, all’interno del *triage*³²⁴ pandemico, la c.d. scelta tragica, cioè la scelta del paziente più meritevole di cure al momento della scelta. Tale dilemma viene inquadrato nella c.d. medicina delle catastrofi³²⁵, poiché la scelta di chi curare ricade interamente sul medico.

Senonché, lo scenario del *triage* pandemico è stato reso ulteriormente complesso da una fenomenologia piuttosto eterogenea. In tale contesto, la scelta tragica si potrebbe palesare in due modi differenti.

In primo luogo, lo scenario classico di scelta tragica all’interno del *triage* concerne la scelta, tra più pazienti bisognosi, di quello più meritevole – secondo *standard* clinici o extraclinici – di accedere all’assistenza medica, come ad esempio alla terapia di sostegno vitale mediante ventilazione assistita nei reparti di terapia intensiva o sub intensiva. In tale scenario, il problema che si pone per il medico è quello di scegliere

³²⁴ *Triage* è un termine di linguaggio militare che deriva dal francese “*Trier*”, che significa “classificare”. Il *triage* consiste, difatti, in un metodo di assegnazione del grado di priorità del trattamento medico quando si è in presenza di molti pazienti, ovvero in casi di emergenze extraospedaliere. Cfr G. RUGGIERO, *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, p. 1.

³²⁵ G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l’emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, p. 2.

quale paziente salvare, tra più soggetti che hanno fatto richiesta di assistenza medica³²⁶.

La seconda fattispecie paradigmatica, invece, presenta connotati di maggiore drammaticità. Ed infatti, tale scenario si concretizza allorché tutti i posti nei reparti di terapia intensiva o sub intensiva siano già occupati, e quindi non esistano più respiratori disponibili a fronte di uno o più pazienti che invece ne fanno richiesta in quanto versano in situazioni critiche. In quest'ultima situazione, assistere uno dei pazienti bisognosi appena arrivati nel *triage*, vorrebbe dire scollegare dal macchinario di respirazione assistita un altro paziente, con limitate possibilità di sopravvivenza o di miglioramento della situazione soggettiva³²⁷.

Sotto il profilo squisitamente giuridico, nei due scenari delineati, si concretizzerebbero due situazioni di conflitto di doveri tendenzialmente differenti. Nel primo scenario, il medico deve adempire uno stesso dovere di soccorso nei confronti di una pluralità di soggetti che, per l'insufficienza delle risorse, non può rispettare. Quindi, tra più doveri equivalenti, dovrà realizzare una scelta di salvezza e un'altra di omissione, con riferimento all'assistenza sanitaria negata agli altri pazienti.

Nel secondo scenario, invece, il carattere tragico della scelta è ancor più marcato dalla circostanza che un paziente, già ricoverato in reparto, venga materialmente staccato dal macchinario assistenziale in favore di un altro, appena arrivato. In questa fattispecie, entrano in gioco doveri diversi dalla prima. Da un lato, l'obbligo di garantire assistenza medica al paziente richiedente (obbligo positivo di soccorso), mentre, dall'altro, il dovere di non uccidere o comunque di non interferire nella vita dell'altro paziente che, tra l'altro, deteneva già una posizione di vantaggio che in tal caso verrebbe lesa (dovere di astenersi e di non uccidere).

³²⁶ Il criterio "*First come, first served*", è stato marginalizzato durante la prima fase dell'emergenza pandemica, dando prevalenza a criteri clinici e bioetici di scelta dei pazienti.

³²⁷ G. M. CALETTI, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, p. 1.

Questo conflitto, secondo parte della dottrina, dovrebbe essere risolto, a parità di bene giuridico tutelato, nel senso della prevalenza del dovere giuridico di astenersi e di non uccidere, rispetto all'obbligo di attivarsi per tutelare la vita degli altri pazienti.

Di fronte al dilemma se violare l'obbligo di soccorrere il paziente appena arrivato ovvero violare il dovere di non uccidere il paziente già sottoposto a trattamento medico-assistenziale nel reparto di terapia intensiva, sembra meritare accoglimento quell'orientamento che valorizza la posizione di vantaggio del soggetto già ricoverato. In tal senso, sarebbe prevalente la posizione giuridico soggettiva di colui che sta già ricevendo il trattamento sanitario rispetto alla posizione di colui che ambisce ad ottenerlo. Ed infatti, è ben comprensibile come nella logica di bilanciamento degli interessi in gioco, debba essere considerata prevalente e destinataria di maggior tutela, la posizione di vantaggio del paziente già ricoverato, altrimenti si aggredirebbe direttamente e lederebbe il diritto fondamentale alla vita, interferendo ingiustamente nella sfera giuridico-soggettiva di un innocente. Invece, il paziente appena arrivato in pronto soccorso, per quanto bisognoso di cure, è titolare di una mera pretesa di cure, affinché il medico si attivi in suo favore³²⁸, che è certamente meritevole di tutela e soddisfacimento ma apparentemente recessiva rispetto alla posizione di colui che è già sottoposto ad assistenza medico-sanitaria.

Inoltre, in un'ottica dell'intensità della condotta, sotto il profilo sia giuridico che filosofico, la preminenza del dovere di astenersi sul dovere di agire si fonda sulla minor riprovevolezza e sul minor peso giuridico dell'illecito omissivo, che porta a preferire il mantenimento dello *status quo ante*. Le cose devono seguire il loro corso naturale,

³²⁸ Rispetto al medico che abbia compiuto una scelta errata, potrebbe riconoscersi l'operatività dello stato di necessità scusante, il quale opererebbe sul piano della colpevolezza e sul giudizio di rimproverabilità dell'autore del fatto. Cosicché si andrebbe a valorizzare quel turbamento emotivo di cui il medico è stato vittima nella particolare situazione emergenziale, che lo ha portato a effettuare una scelta – provare a salvare un paziente staccandone dal macchinario un altro – che in un contesto straordinario d'emergenza non sembrerebbe rimproverabile. Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 543.

non potendosi arrogare, il soggetto agente, il diritto di azionarsi modificando il destino altrui³²⁹.

Con riferimento, invece, al primo caso, cioè il conflitto tra più obblighi di soccorso in cui versa il medico quando deve scegliere quale paziente sia meritevole di accedere al trattamento intensivo o sub intensivo, tipico del *triage* pandemico, la soluzione preferibile appare diversa.

In questo caso il medico è titolare di un dovere di soccorso nei confronti di una pluralità di soggetti ma l'adempimento del soccorso verso un paziente impedirebbe il medesimo adempimento nei confronti degli altri. La soluzione a tale conflitto risiede in un'alternativa, poiché la soluzione può essere rinvenuta sul piano dell'antigiuridicità ovvero sul piano della colpevolezza.

Secondo una lettura, oggi tendenzialmente prevalente, la condotta del medico che, tra più pazienti, sceglie chi curare e chi escludere dall'assistenza sanitaria per carenza di risorse – materiali e umane – sarebbe in radice giustificata, in quanto verrebbe meno l'elemento dell'antigiuridicità³³⁰. Ed invero, per considerare una condotta antigiuridica, è quanto meno necessario che l'ordinamento indichi, *ab origine*, quale sia la condotta preferibile e quindi il comportamento che il soggetto agente dovrà tenere. In queste situazioni, invece, difetterebbe la chiarezza e la precisione dell'obbligo di condotta violato, poiché l'ordinamento non è in grado di scegliere, a parità di condizioni, quale vita debba essere salvata. Così, la dottrina tedesca facente capo a Binding, facendo leva sul principio di non contraddizione, risolveva i conflitti di doveri connotati da comandi contraddittori³³¹.

³²⁹ G. RUGGIERO, *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, p. 161.

³³⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, p. 430.

³³¹ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 82.

Un altro approdo della dottrina tedesca, tendenzialmente minoritaria³³², sostiene che una soluzione al conflitto tra più obblighi di soccorso possa essere rinvenuta sul diverso piano della colpevolezza. Si tratta di una risoluzione soggettivistica, che si basa sull'analisi della situazione di fatto specifica e dell'atteggiamento soggettivo delle parti coinvolte. Essa determina, quindi, il passaggio del ragionamento dalla norma alla situazione di fatto, sul presupposto dell'antigiuridicità di ciascuna delle condotte in conflitto³³³. Ed invero, la condotta del medico anestesista che sceglie il paziente da curare escludendo gli altri conserverebbe il connotato dell'antigiuridicità, poiché rimarrebbero inadempiti obblighi di soccorso penalmente rilevanti. Senonché, la soluzione di tale conflitto potrebbe risiedere sul piano soggettivo della colpevolezza, mediante l'operatività di una causa scusante sovralegale che riconosca il turbamento emotivo in cui versa il medico in una situazione così ricostruita, escludendo che nei suoi confronti possa essere mosso un giudizio di rimproverabilità³³⁴. Uno dei primi approdi a tale soluzione è riconducibile al periodo del dopoguerra e, in particolare, al giurista tedesco Welzel che, sulla scia di una rinnovata cornice del principio di colpevolezza, affermava che una scusante extralegale fosse ammissibile per risolvere i conflitti di doveri a tre condizioni: 1) che la condotta sia stata l'unico strumento utile per evitare un danno più grave; 2) che l'autore abbia scelto il male minore; 3) che l'autore, con la propria condotta, abbia salvaguardato il bene giuridico di rango maggiore³³⁵.

³³² H. H. JESCHECK, T WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 295 e W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, in *Festschrift für E. Mezger*, München-Berlin, 1954, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, p. 548.

³³³ A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 82

³³⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, pp. 548-549.

³³⁵ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Ed. IV, pp. 138-1389, in A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, p. 51.

La dottrina tedesca maggioritaria, invece, tende a ricondurre le situazioni di conflitto di dovere – tra dovere di soccorso e dovere di astenersi – alla disciplina dello stato di necessità giustificante, risolvendole sulla scorta del § 34 dello *StGB*³³⁶.

Queste, alla resa dei conti, le diverse chiavi di lettura – operanti sui diversi piani dell’antigiuridicità o della colpevolezza – che potrebbero essere utilizzate qualora un medico dovesse essere accusato dei reati di omicidio o lesioni poiché non è riuscito a curare tutti i pazienti richiedenti assistenza.

Appare ultroneo, invece, ogni riferimento all’art. 590-*sexies*, posto che tale norma è stata costruita dal legislatore secondo una *ratio legis* e una funzione estranei alla dinamica della risoluzione dei conflitti di doveri.

3.1 I criteri elaborati dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI)

Agli esordi dell’emergenza epidemiologica, le strutture sanitarie non erano preparate così come non lo erano i medici, che dovettero organizzare dei *triage* d’emergenza in poco tempo e senza criteri predeterminati. L’accesso alle terapie intensive veniva gestito dalla singola struttura sanitaria e, come è stato sottolineato a più riprese dalla dottrina, la percezione esterna è stata quella che queste situazioni conflittuali venissero risolte in uno “spazio libero dal diritto” secondo la logica del “*Rechtsfreier Raum*”³³⁷, rimettendo al buon senso dei singoli medici la scelta su chi vive e chi muore.

³³⁶ G. RUGGIERO, *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, p. 161.

³³⁷ M. CALETTI, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, p. 2.

Tale approccio è stato particolarmente rilevante nei primi momenti della diffusione del Coronavirus, quando ancora non erano stati elaborati criteri e linee guida che potessero orientare le prassi mediche del *triage* pandemico.

Ed invero, a fronte degli ingressi massivi della popolazione nelle strutture sanitarie, molti enti, pubblici e privati, rappresentativi di associazioni di categoria, si sforzarono di elaborare dei criteri etico-clinici che potessero essere di ausilio ai singoli medici per la gestione del *triage* pandemico. Il pregio di questi criteri fu, verosimilmente, quello di oggettivizzare, spersonalizzare e deresponsabilizzare la scelta del singolo medico, garantendo una maggiore ponderazione della decisione e una minore responsabilità, quanto meno in termini morali. L'importanza di tali criteri ha portato all'apertura di un ampio dibattito internazionale che ha coinvolto le società medico-scientifiche, i comitati etici nazionali e internazionali, commissioni di esperti, al fine di individuare i criteri etico-clinici più appropriati alla situazione emergenziale.

Tuttavia, è innegabile il difficile ruolo giocato da tali enti, come la SIAARTI o il CNB, che in un contesto straordinario ed emergenziale sono stati costretti a individuare criteri sulla base dei quali veniva decisa la vita e la morte dei pazienti. La drammaticità di tale ingrato ruolo si evince dallo stesso parere della SIAARTI, dove si afferma che *“la scarsità di risorse prodotta dalla pandemia ci coinvolge in modo particolare anche nelle difficili scelte per individuare le persone che possono realmente beneficiare delle cure intensive. Abbiamo fatto e stiamo facendo ogni sforzo per garantire le migliori possibilità di cura in circostanze spesso drammatiche. Allo stesso tempo ci siamo impegnati per rendere espliciti e trasparenti i nostri processi decisionali, ancorando le nostre decisioni a solidi criteri di appropriatezza clinica e a principi etici ampiamente condivisi (come il principio di proporzionalità delle cure e quello di giustizia)”*.

Non solo, l'iniziale approccio extragiuridico, dove la scelta di cure appare affidata esclusivamente al buon senso del personale sanitario, sembra confermato dalle note introduttive delle linee guida SIAARTI, dove si afferma che *“è comprensibile che i curanti, per cultura e formazione, siano poco avvezzi a ragionare con criteri di triage da maxi-emergenza, in quanto la situazione attuale ha caratteristiche di eccezionalità.*

*La disponibilità di risorse non entra solitamente nel processo decisionale e nelle scelte del singolo caso, finché le risorse non diventano così scarse da non consentire di trattare tutti i pazienti che potrebbero ipoteticamente beneficiare di uno specifico trattamento clinico”.*³³⁸

In tal senso, lo scopo delle linee guida SIAARTI è duplice. Da un lato, l’obiettivo è quello di sollevare il personale sanitario da una parte della responsabilità nelle scelte tragiche, emotivamente pesanti e coinvolgenti. Dall’altro lato, devono essere espliciti e oggettivi i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in condizioni di straordinaria scarsità, come quella pandemica.

A queste premesse dell’associazione seguono ben quindici criteri di appropriatezza clinica in situazione di emergenza pandemica con risorse mediche divenute insufficienti, il cui contenuto non è squisitamente clinico, ma anche sociale e etico. Sono criteri che giustificano una discriminazione, un trattamento differenziato, in quanto il medico dovrà scegliere a chi dedicare le risorse disponibili e chi, invece, dovrà attendere.

Tali criteri straordinari, che regolano l’ammissione e la dimissione dal pronto soccorso devono intendersi come flessibili, adattati alle specificità delle risorse a disposizione della singola struttura sanitaria e alla concreta possibilità di trasferire i pazienti presso altre strutture, tenuto conto del numero degli ingressi.

Come anche per le raccomandazioni previste dal Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), la SIAARTI pone al centro di queste raccomandazioni l’appropriatezza clinica come criterio di ripartizione delle limitate risorse sanitarie, mettendo da parte il tradizionale criterio di accesso alle cure intensive “*first come, first served*”³³⁹.

³³⁸ M. VERGANO, G. BERTOLINI, A. GIANNINI, G. GRISTINA, S. LIVIGNI, G. MISTRALETTI, F. PETRINI, *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, S.I.A.A.R.T.I., pubblicate il 6 marzo 2020.

³³⁹ Il criterio “*First come, first served*” è quello utilizzato non solo per i ricoveri in terapia intensiva, ma anche per le liste d’attesa relative ai trapianti d’organi, oltre che per gestire gli ordinari ingressi in pronto soccorso. Tale criterio appare recessivo rispetto a quelli che tengono conto delle esigenze

Ed infatti, il criterio “*first come, first served*” e il criterio relativo al maggior bisogno clinico del singolo paziente, non sembrano efficaci in un contesto emergenziale-pandemico, se applicati singolarmente. Tali criteri sembrano essere appropriati solamente in presenza di pazienti con scenari clinici equivalenti³⁴⁰.

Quindi, come affermato dalla SIAARTI, “*i criteri d'accesso ai trattamenti intensivi e sub-intensivi che si basano prioritariamente su principi di appropriatezza clinica e proporzionalità delle cure verso il singolo paziente, devono rispondere anche ad esigenze di giustizia distributiva e di equa allocazione delle risorse sanitarie disponibili*” e che “*nel caso in cui lo squilibrio tra necessità e risorse disponibili persista, è data precedenza per l'accesso ai trattamenti intensivi a chi potrà ottenere grazie ad essi un concreto, accettabile e duraturo beneficio. A tale fine si applicano criteri rigorosi, espliciti, concorrenti e integrati, valutati sempre caso per caso, quali: la gravità del quadro clinico, le comorbilità, lo stato funzionale pregresso, l'impatto sulla persona dei potenziali effetti collaterali delle cure intensive, la conoscenza di espressioni di volontà precedenti nonché la stessa età biologica, la quale non può mai assumere carattere prevalente*”.

Difatti, uno dei nodi cruciali delle linee guida SIAARTI appare essere quello della valutazione clinica del paziente, necessaria per verificare le possibilità di risposta cliniche al trattamento intensivo e sub-intensivo. Ed infatti, è perfettamente ipotizzabile che un decorso terapeutico tendenzialmente breve in persone sane diventi potenzialmente più lungo in caso di pazienti anziani, fragili o con comorbilità severa, instaurando un processo di “*resource consuming*” sul servizio sanitario.

del singolo paziente, i quali, valutandone il quadro clinico complessivo, indicano un parametro di priorità nell'accesso all'assistenza sanitaria.

Per altri approfondimenti cfr. M. PICCININNI, *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, p. 16.

³⁴⁰ M. PICCININNI, *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, p. 17.

Senonché, proprio con riferimento ai soggetti anziani, verosimilmente i più colpiti dal Covid-19, il motivo per cui si aprì immediatamente un aspro dibattito fra SIAARTI e CNB riguardò il tanto contestato criterio extraclinico dell'età dei pazienti. Ed infatti, come si evince dal punto n. 3, la SIAARTI afferma che *“può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone”*. Il criterio dell'età ha destato molte critiche perché, se non adeguatamente interpretato e contestualizzato, rischia di risolversi in una valutazione circa l'importanza e la dignità della vita umana, maggiore per i soggetti giovani e minore per gli anziani.

Il criterio che fa riferimento ai “più anni di vita salvata” è un criterio extraclinico che, secondo taluni, dovrebbe essere un criterio discriminante di selezione di natura secondaria, solamente nel momento in cui vi sono più pazienti nella stessa posizione clinica. In tal senso, allora, il criterio dell'età dovrebbe essere preferito al criterio del *“first come, first served”* che, per quanto possa sembrare meno drammatico sotto il profilo dell'equità, appare comunque inidoneo a fronteggiare situazioni emergenziali con ingressi massivi nei reparti ospedalieri, i quali renderebbero inutilizzabile sul piano pratico lo stesso criterio³⁴¹.

Inoltre, sembra opportuno che il criterio dell'età venga letto in combinato con il quadro clinico dei pazienti. L'età di un paziente è un criterio da solo non sufficiente a determinare una scelta piuttosto che un'altra. Di tale considerazione hanno effettivamente fatto tesoro l'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e il Comitato Nazionale di Bioetica spagnolo, i quali hanno redatto le loro raccomandazioni successivamente a quelle della SIAARTI. Le linee guida dell'Accademia Svizzera affermano che *“l'età in sé e per sé non è un criterio decisionale applicabile, in quanto*

³⁴¹ M. PICCININNI, *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, p. 21.

*attribuisce agli anziani un valore inferiore rispetto ai giovani e viola in tal modo il principio costituzionale del divieto di discriminazione. Essa, tuttavia, viene considerata indirettamente nell'ambito del criterio principale "prognosi a breve termine", in quanto gli anziani presentano più frequentemente situazioni di comorbidità. Nelle persone affette da Covid-19, peraltro, l'età rappresenta un fattore di rischio a livello di mortalità, occorre quindi tenerne conto*³⁴².

Ed infatti, qualora debba essere conferita rilevanza al criterio dell'età, questo dovrebbe essere inteso quale criterio utile per la valutazione del quadro clinico del paziente, e non come criterio extraclinico da solo sufficiente a determinare l'esito di una scelta di cura, soprattutto con riferimento ad una patologia, come l'infezione da Covid-19, che nella pratica clinica ha mostrato una minore efficacia del trattamento – ed un prolungamento del periodo di ventilazione assistita – nei soggetti anziani.

L'età biologica, quindi, non può essere un criterio prevalente, ma un criterio che, tra gli altri, sembra opportuno nella valutazione del quadro clinico complessivo del paziente, al fine di valutare anche le possibilità di successo del trattamento intensivo o sub intensivo.

Infine, sempre nell'ottica dell'alleanza terapeutica che caratterizza i rapporti tra medico e paziente, la SIAARTI raccomandava al personale sanitario di comunicare alle famiglie la straordinarietà delle misure in atto, al fine di garantire la trasparenza e sempre alta la fiducia nel sistema sanitario nazionale. La decisione di limitare le cure intensive deve essere comunicata e condivisa collegialmente dall'équipe medica e, nei limiti del possibile, in dialogo con il paziente e con i familiari.

³⁴² G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, pp. 10-11.

3.2 I criteri elaborati dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)

Di diverso tenore è stato il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale si pone come obiettivo quello di risolvere il problema etico dell'accesso dei pazienti alle cure nelle strutture ospedaliere che versano in condizioni di risorse sanitarie limitate, non sufficienti a coprire le esigenze di tutti i malati.

Il CNB, nella consapevolezza dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 32 Cost. (solidarietà, uguaglianza e salute) che governano la materia del *triage*, ha affermato che “*nell’allocazione delle risorse si debbano rispettare i principi di giustizia, equità e solidarietà*”. In tale contesto, il Comitato riconosce quale unico criterio adeguato a gestire il *triage* emergenziale quello clinico. Ogni altro criterio di selezione, come il ceto sociale, l'appartenenza etnica, la nazionalità, la disabilità, l'età, il sesso, le potenzialità produttive, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, è eticamente inaccettabile³⁴³.

Il CNB, a differenza di quanto affermato nelle raccomandazioni elaborate dalla SIAARTI, pone al centro della questione il criterio clinico³⁴⁴ quale unico criterio utilizzabile nel *triage* in emergenza pandemica.

³⁴³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 2020. Documento coordinato dei professori S. CANESTRARI, C. CASONATO, A. DA RE, L. D'AVACK, A. MORRESI, L. PALAZZANI, L. SAVARINO. Reperibile in <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/>.

³⁴⁴ Per appropriatezza clinica deve intendersi la valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla urgenza e gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, considerando la proporzionalità del trattamento.

Secondo il Comitato il *triage* d'emergenza deve funzionare sulla base di una premessa, la “*preparedness*”³⁴⁵, e su due concetti chiave: appropriatezza clinica e attualità.

Con la prima fase, quella della *preparedness*, si fa riferimento all'organizzazione del sistema sanitario nazionale a fronteggiare situazioni straordinarie ed emergenziali come quelle pandemiche, al fine di contemperare l'interesse al soddisfacimento del massimo beneficio al maggior numero di pazienti e la tutela individuale del singolo paziente³⁴⁶.

Per appropriatezza clinica si intende, invece, la valutazione medica del singolo paziente, con riferimento alla gravità della patologia e al giudizio prognostico di guarigione. Tale criterio appare quello fondamentale, se non l'unico, poiché gioca un ruolo da protagonista nella scelta del paziente da curare. L'età non è un criterio eticamente o clinicamente attendibile o utilizzabile, se non nei limiti in cui venga intesa quale parametro necessariamente letto in correlazione con la valutazione clinica e attuale del paziente.

In ogni caso, al paziente che non ha avuto la fortuna di accedere alla struttura sanitaria si dovranno comunque garantire trattamenti medici meno invasivi ovvero di ricorrere alla terapia del dolore e alle cure palliative ove necessario.

Infine, l'ultimo parametro è quello dell'attualità. Tale parametro caratterizza e distingue il *triage* ordinario dal *triage* emergenziale in condizioni di risorse limitate.

³⁴⁵ “*Emergency preparedness is a programme of long-term development activities whose goals are to strengthen the overall capacity and capability of a country to manage efficiently all types of emergency and to bring about an orderly transition from relief through recovery and back to sustainable development*”. The World Health Organization. <https://www.imperialwhocc.org/training-courses/emergency-planning-and-preparedness/>.

³⁴⁶ Secondo il CNB “va tenuto comunque presente che l'adozione dei criteri di priorità nel mettere a disposizione risorse può innescare dinamiche che rischiano di non essere facilmente reversibili. Decisioni importanti, che impattano pesantemente sulla vita e la morte delle persone, in comunità rese fragili da un'epidemia, non devono costituire precedenti da applicare in un futuro tornato alla normalità”.

Nel *triage* ordinario, gli operatori del pronto soccorso stabiliscono le priorità di accesso alle terapie tenendo conto solo dei pazienti fisicamente presenti nel *triage*.

Invece, nel *triage* in emergenza pandemica, le liste di priorità devono tenere conto anche dei pazienti ricoverati ma non ancora sottoposti al sostegno vitale della ventilazione assistita e dei pazienti già valutati clinicamente a domicilio che si sono improvvisamente aggravati: “Rispetto al triage in tempi normali, il triage in emergenza pandemica inserisce la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia della comunità dei pazienti”³⁴⁷.

Il parere del CNB, cronologicamente successivo alle raccomandazioni SIAARTI, è stato importante perché, con fermezza, ha escluso l'utilizzabilità di criteri extraclinici per la risoluzione dei conflitti di doveri nel *triage* emergenziale. La preoccupazione del CNB è stata quella di evitare che nel *triage* emergenziale potessero essere utilizzati criteri di risoluzione della crisi improntati su logiche utilitaristiche, di produttività economica o di ceto sociale di appartenenza³⁴⁸. Criteri utilitaristici che determinerebbero selezioni “eticamente discutibili, in quanto introdurrebbero una gerarchia tra vite degne e non degne con conseguente violazione dei diritti umani fondamentali”³⁴⁹.

Sembra opportuno rilevare, infine, come il contrasto tra CNB e SIAARTI possa essere sintetizzato nella posizione di minoranza espressa nel parere del CNB dal Professore Maurizio Mori, che sostiene, invece, che la direzione corretta sia quella delle linee guida SIAARTI.

Secondo Mori il CNB erra affermando che il criterio clinico sia l'unico accettabile, poiché nel caso paradigmatico in cui Tizio (70 anni) e Caio (50 anni) necessitino di

³⁴⁷ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 2020, p. 9.

³⁴⁸ G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, p. 14.

³⁴⁹ L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in *BioDiritto*, 2020, p. 4.

accedere al trattamento in terapia intensiva, a parità di quadro clinico e di idoneità al trattamento, è necessario ricorrere a criteri extraclinici³⁵⁰. Nella scelta se ammettere Tizio o Caio si deve effettuare una scelta etico-sociale, che la SIAARTI individua nella giustizia distributiva concernente l’allocazione delle limitate risorse, privilegiando il criterio della “maggior speranza di vita”³⁵¹.

3.3 Tra criteri clinici ed extraclinici nel triage d’emergenza. Una panoramica sui criteri adottati da alcuni istituti europei

La circostanza che l’Italia sia stato il primo stato europeo ad essere colpito dalla diffusione del Coronavirus, ha consentito agli altri stati europei di agire sulla scia di quanto fatto in Italia con riferimento a tutti gli ambiti della gestione dell’emergenza, compresa la definizione dei criteri per la gestione del *trriage* pandemico.

Con riferimento alle raccomandazioni dell’Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, deve osservarsi che queste sono state predisposte dopo la pubblicazione delle raccomandazioni SIAARTI, alla luce di tutte le critiche da questa ricevute.

L’Accademia Svizzera pone al centro di queste raccomandazioni il principio di equità, sostenendo che le risorse disponibili – seppur limitate e non sufficienti a garantire a tutti i pazienti l’assistenza sanitaria necessaria – devono essere distribuite

³⁵⁰ “Sappiamo tutti che il triage o scelta di chi ammettere alle cure è realtà terribile, ripugnante e che tutti vorremmo evitare. Ma compito dell’etica e della bioetica è affrontare anche tali problemi difficili e individuare le possibili soluzioni razionalmente giustificate, a costo di urtare inveterate opinioni ricevute. Forse per timore che il riconoscimento di fattori extra-clinici nella scelta potesse aprire la porta a possibili discriminazioni, il Parere del CNB è venuto a negare al riguardo e preferito rassicurare gli animi osservando che, come sempre, anche nelle situazioni eccezionali vale solo il criterio clinico e che tutto rimane più o meno come prima”, in CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”*, 2020, p. 14.

³⁵¹ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”*, 2020, p. 13.

senza discriminazione alcuna basata sull'età, sesso, luogo di residenza, nazionalità, confessione religiosa, posizione sociale, situazione assicurativa o invalidità cronica. In tal modo si evita il rischio di prendere decisioni arbitrarie che possano incidere sulla vita delle persone³⁵².

Quanto al criterio principale che regola il *triage* pandemico, le raccomandazioni svizzere fanno riferimento al criterio della “prognosi a breve termine” in tutte le circostanze in cui si verifichi un sovraccarico della struttura sanitaria e i medici siano costretti a respingere pazienti che necessitano di un trattamento in terapia intensiva. Così, verranno garantite le cure e l'assistenza necessarie ai pazienti che presentano buone probabilità di recupero, la cui prognosi sarebbe sfavorevole se non ricevessero l'assistenza medica, garantendo il trattamento ai pazienti che concretamente trarrebbero il massimo beneficio dal ricovero nei reparti di terapia intensiva o sub-intensiva.

Per espressa previsione dell'Accademia, non devono essere considerati altri criteri, come il sorteggio, il criterio “*first come, first served*”, rango sociale e altri criteri di natura extraclinica. Con riferimento al criterio dell'età – particolarmente dibattuto in Italia – l'Accademia afferma che “l'età in sé e per sé non è un criterio decisionale applicabile, in quanto attribuisce agli anziani un valore inferiore rispetto ai giovani e viola in tal modo il principio costituzionale del divieto di discriminazione. Essa, tuttavia, viene considerata indirettamente nell'ambito del criterio principale «prognosi a breve termine», in quanto gli anziani presentano più frequentemente situazioni di comorbidità. Nelle persone affette da Covid-19 l'età rappresenta un fattore di rischio a livello di mortalità, occorre quindi tenerne conto”³⁵³.

³⁵² SAMW-ASSM, ACCADEMIA SVIZZERA DELLE SCIENZE MEDICHE, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse. Indicazioni per l'attuazione del capitolo 9.3 delle direttive dall'ASSM “provvedimenti di medicina intensiva”*, 2013, p. 2 (reperibile in <https://www.sicp.it/aggiornamento/linee-guida-bp-procedures/2020/04/pandemia-covid-19-indicazioni-samw-e-fgpg/>).

³⁵³ SAMW-ASSM, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, pp. 2-3.

Senonché, uno degli aspetti più caratteristici di queste linee guida, è che in presenza di accessi massivi ai reparti di terapia intensiva, tra i criteri a sfavore del ricovero rileverebbero l'età superiore a 85 anni e quella superiore a 75 anni in presenza di talune malattie (insufficienza renale; insufficienza cardiaca; cirrosi). Tali criteri non contraddicono l'irrelevanza del criterio dell'età come fattore extraclinico ma, anzi, confermano che l'età possa incidere quale fattore clinico circa le possibilità di recupero e guarigione del paziente³⁵⁴.

Così gli studiosi svizzeri scongiurano il pericolo dell'età quale criterio che possa rilevare in *re ipsa*, nella sua veste extraclinica, ma al più come criterio che, all'interno della "prognosi a breve termine" possa incidere sul giudizio prognostico di efficacia del trattamento medico, in considerazione di situazioni di comorbidità.

Con riferimento ai pazienti già sottoposti a trattamento intensivo, l'Accademia specifica che i criteri del *triage* devono essere applicati anche durante il ricovero. I medici, infatti, devono effettuare una valutazione dei pazienti ricoverati in reparto almeno ogni quarantotto ore. Qualora lo stato di salute non migliori, ovvero peggiori, occorre decidere se proseguire il trattamento o modificare l'obiettivo e passare a cure palliative.

In Germania, invece, il documento predisposto dal Consiglio Etico, ha distinto espressamente due situazioni eticamente conflittuali: il "*Triage in ex ante situations*" e il "*Triage in ex post situations*"³⁵⁵. Questa distinzione ripercorre quella precedentemente prospettata con riferimento alle situazioni di conflitto di doveri nel *triage* pandemico.

³⁵⁴ G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, p. 10.

³⁵⁵ Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, 27 marzo 2020. Reperibile in <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/englisch/recommendation-coronavirus-crisis.pdf>.

Con l'espressione "Triage in ex ante situations", si farebbe riferimento a quelle situazioni in cui il numero dei ventilatori disponibili è minore del numero dei pazienti che ne hanno bisogno. Tale fattispecie, secondo il Consiglio Etico tedesco, è meno problematica, perché i pazienti a cui viene negato l'accesso alla ventilazione artificiale "are not "killed" by a failure to act by the medical decision-makers. They are simply not saved from disease-related death for reasons of tragic impossibility"³⁵⁶. Si rimarca, quindi, la differenza tra uccidere un paziente a causa di una decisione sbagliata del medico e il non salvarlo a causa delle risorse insufficienti. Del resto, il Consiglio sottolinea che il diritto positivo non fornisce alcun criterio di selezione al fine di prendere tali decisioni, escludendo, in ogni caso, che un tale decisione possa basarsi sul "social status, origin, age, disability". È escluso, quindi, che l'età possa rilevare quale criterio extraclinico che possa incidere sulla scelta di chi curare, in linea con quanto affermato dal CNB italiano³⁵⁷.

Con "Triage in ex post situations", invece, si fa riferimento ad uno scenario diverso. In queste fattispecie i ventilatori disponibili sono già tutti occupati, di guisa il trattamento di sostegno vitale alla respirazione di un paziente già ricoverato dovrebbe

³⁵⁶ Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, cit. p. 4.

³⁵⁷ Dello stesso parere anche la Pontificia Accademia Pro Vita, la quale afferma che, in caso di risorse limitate non disponibili per tutti, una volta fatto il possibile sul piano organizzativo per evitare il razionamento, "andrà sempre tenuto presente che la decisione non può basarsi su una differenza di valore della vita umana e della dignità di ogni persona, che sono sempre uguali e inestimabili". Inoltre l'età non può essere assunta come criterio unico e automatico di scelta, altrimenti si rischierebbe di discriminare gli anziani e i soggetti fragili. In tal senso, l'età non può rilevare come criterio extraclinico, ma al più come criterio aggiuntivo utile per valutare il quadro clinico complessivo del singolo paziente. Il parere dell'Accademia è reperibile in https://www.academyforlife.va/content/dam/pav/documenti%20pdf/2020/Nota%20Covid19/Nota%20su%20emergenza%20Covid-19_ITA_.pdf; cfr. C. DE NICOLA, *Rilettura del documento della Pontificia Accademia Pro Vita. Pandemia e fraternità universale. Nota sulla emergenza da COVID-19*, in *Riv. it. cure palliative*, 2020.

essere interrotto per salvare la vita di un altro paziente, riassegnando il ventilatore medico.

Per il Consiglio Etico tedesco, queste decisioni sono eticamente più problematiche. Si tratterebbe di situazioni borderline, difficilmente moralmente sostenibili dal personale sanitario. Tuttavia, il Consiglio prende posizione sul punto e afferma che “*it is not objectively legal to actively terminate an ongoing, still indicated treatment for the purpose of saving a third party*”³⁵⁸, confermando la prevalenza del divieto di non uccidere rispetto al dovere di soccorso.

In questa visione comparativa dei criteri clinici ed extraclinici elaborati dagli istituti etici e medici di diversi stati, acquisiscono importanza anche le raccomandazioni etiche contenute nel documento redatto dall’Hastings Center di New York³⁵⁹, del 16 marzo 2020.

Dopo una breve premessa circa le difficoltà del *triage* emergenziale dovuto al diffondersi del Coronavirus, l’Istituto americano indica due doveri che devono essere necessariamente bilanciati in queste situazioni straordinarie: a) “*The duty of care that is foundational to health care*”; b) “*Duties to promote moral equality of persons and equity (fairness relative to need) in the distribution of risks and benefits in society*”.

Il primo dovere, inquadrabile nel generale dovere di cura che ricade sul sistema sanitario e sui singoli medici, implica il dovere di fedeltà e non abbandono del paziente inteso quale obbligo etico e legale (in attività che si possono concretizzare in terapie o anche cure meramente palliative).

³⁵⁸ Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, cit. p. 4.

³⁵⁹ N. BERLINGER; M. WYNIA; T. POWELL; D. MICAH HESTER; A. MILLIKEN; R. FABI; F. COHN; L. K. GUIDRY-GRIMES; J. C. WATSON; L. BRUCE; E. J. CHUANG; G. OEI; J. ABBOTT; N. PIPER JENKS, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19 Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice*, 16 marzo 2020, reperibile in <https://www.thehastingscenter.org/wp-content/uploads/HastingsCenterCovidFramework2020.pdf>.

Il secondo dovere, invece, riguarda l'utilizzo efficiente delle risorse del sistema sanitario nazionale, secondo logiche di uguaglianza morale delle persone e equità relativa al bisogno di cure, nonché distribuzione dei rischi e dei benefici all'interno della società.

In una situazione emergenziale e straordinaria, i sanitari devono cambiare il proprio *modus operandi*, dando priorità alle esigenze generali della comunità nell'allocazione delle risorse limitate. Secondo l'Istituto newyorkese, in un contesto emergenziale, come quello pandemico, si concretizza un'inversione delle priorità e della pratica clinica, in quanto si verifica il passaggio da una "*patient-centered practice supported by clinical ethics*" a una "*patient care guided by public health ethics*", il quale crea dubbi e tensioni morali sul personale sanitario.

Alla luce di ciò dovranno essere risolti tutti i conflitti relativi all'allocazione delle risorse sanitarie in caso di ingresso massivo di pazienti nelle strutture sanitarie. In tal senso, secondo l'Istituto il criterio "*first come, first served*" non è soddisfacente ad allocare le risorse. Anzi, un criterio che consenta una massimizzazione delle risorse consiglierebbe di interrompere dall'assistenza ventilatoria un paziente che non dà



segni di miglioramento in favore di un altro che invece avrebbe delle potenzialità di guarigione più elevate.

Nella tabella dell'Hastings Center³⁶⁰ vengono messi in relazione una serie di parametri ospedalieri e l'incrementale livello di scarsità delle risorse. I parametri ospedalieri prescelti sono tre: materiali medici, spazi ospedalieri e personale sanitario. La tabella illustra chiaramente come la qualità dell'assistenza sanitaria si riduce con l'aggravarsi della situazione emergenziale. Cambiano anche le strategie medico-ospedaliere con riferimento all'utilizzo delle risorse o degli spazi, ma anche con riferimento al personale utilizzato (prima quello di riserva, poi quello esterno, e infine anche i volontari). È importante sottolineare, inoltre, come le categorie di risorse sono tra loro correlate, sicché la carenza dell'una influisce sulle altre categorie. Ad esempio, potrebbe esserci un numero adeguato di ventilatori ma non di tecnici rianimatori addestrati per utilizzarli.

4. Chi vive e chi muore: il parere del Comitato di Bioetica *dell'Alma Mater Studiorum* di Bologna nel caso di neonati siamesi con cuore unico

Il tema dei conflitti di doveri in ambito medico-sanitario non è un'esclusiva dell'emergenza pandemica dovuta alla diffusione del Coronavirus. Ed invero, ulteriori e diversi conflitti possono sorgere, e sono sorti, anche al di fuori del contesto del *triage* d'emergenza.

Un caso che nel 2011 scosse l'opinione pubblica fu quello della separazione dei neonati siamesi con cuore unico nati a Bologna, fattispecie dove si pronunciò con un

³⁶⁰ N. BERLINGER; M. WYNIA; T. POWELL; D. MICAH HESTER; A. MILLIKEN; R. FABI; F. COHN; L. K. GUIDRY-GRIMES; J. C. WATSON; L. BRUCE; E. J. CHUANG; G. OEI; J. ABBOTT; N. PIPER JENKS, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19)*, p. 4.

apposito parere anche il Comitato di Bioetica dell'*Alma Mater Studiorum* di Bologna³⁶¹.

Il 25 giugno 2011 nascono presso l'ospedale Sant'Orsola Malpighi di Bologna una coppia di gemelle siamesi toraco-onfalopaghi, Lucia e Rebecca, unite a livello addominale, con cuore unico.

Da subito, il quadro clinico delle gemelline appare drammatico, e vengono ricoverate nei reparti di terapia intensiva neonatale e poi presso il reparto di rianimazione pediatrica, dove la loro vita viene supportata da appositi macchinari che garantiscono respirazione e nutrizione.

Da un punto di vista clinico il quadro è decisamente critico, posto che un solo cuore non riesce a sostenere entrambi i corpi. Inoltre, la letteratura scientifica non conosce casi di sopravvivenza in presenza di queste patologie. L'unica via che può essere percorsa dal personale sanitario è quella della divisione medico-chirurgica delle due gemelline.

Un intervento del genere comporterebbe, necessariamente, la morte di una e la sopravvivenza dell'altra, ma solo con il 20% di probabilità. È evidente, quindi, la tragicità dell'intervento che, da un lato presuppone una scelta con riferimento a quale delle due gemelline viva e quale debba morire; dall'altro lato, pur scegliendo, le probabilità di sopravvivenza dell'altra gemellina sarebbero molto basse.

Così, il Direttore Generale della struttura sanitaria bolognese richiede un parere al Comitato di Bioetica dell'*Alma Mater Studiorum*, in ordine ad un eventuale intervento di separazione delle gemelle con cuore unico³⁶².

Il comitato di Bioetica dell'*Alma Mater Studiorum* si pronuncia l'11 luglio 2011.

³⁶¹ S. CANESTRARI, E. PORCU, *Problematiche bioetiche relative a neonati siamesi toraco-onfalopaghi con cuore unico*, parere dell'11 luglio 2021 del Comitato di Bioetica dell'Università di Bologna, reperibile in <https://www.unibo.it/it/allegati/parere-neonati-siamesi-toraco-onfalopaghi-con-cuore-unico/>.

³⁶² S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 225 ss.

Nella prima parte del parere, si sottolinea il necessario carattere plurale e condiviso della decisione tra personale sanitario e genitori delle gemelline. La prospettiva seguita dal Comitato è sempre quella dell'alleanza terapeutica, nella condivisibile considerazione che una scelta comune e non eterodiretta appaia socialmente più legittima e meno drammatica da sopportare. L'intento è quello di sottolineare l'onere di motivazione, di rendere evidenti le ragioni della scelta, ora corroborata da una visione pluralistica del processo decisionale³⁶³.

Premesso ciò, nella seconda parte, il Comitato distingue due situazioni differenti.

Nella prima, i neonati siamesi non verserebbero in condizioni di imminente e grave pericolo di vita. Nella seconda situazione, invece, i gemelli verserebbero in condizioni critiche, di imminente e grave pericolo di vita.

Nel primo scenario, il Comitato sostiene all'unanimità il dovere di astensione del personale sanitario da ogni sorta di intervento di separazione dei due gemelli, posto che questo provocherebbe la morte di uno dei due neonati.

Nel secondo scenario, invece, la scelta astensionistica non appare quella migliore, posto che quest'ultima porterebbe inevitabilmente alla morte di entrambi. Sicché, laddove l'intervento di separazione possa offrire apprezzabili possibilità di un esito salvifico per uno dei due neonati, il "*Comitato di Bioetica unanime ritiene eticamente corretto che i medici scelgano di intervenire per una separazione, fermo restando che non si configuri alcuna ipotesi di accanimento clinico e terapeutico*"³⁶⁴.

Dal parere si evince come il Comitato bolognese manifesti una rilevante attenzione per i valori della dignità, della vita e dell'uguaglianza, posto che nel primo scenario sostiene l'impossibilità di scegliere quale tra i due gemelli debba sopravvivere,

³⁶³ M. L. COSTERBOSA, Commento al Parere del Comitato di Bioetica dell'*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna sul caso dei neonati siamesi con cuore unico. In S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, p. 229.

³⁶⁴ *Problematiche bioetiche relative a neonati siamesi toraco-onfalopaghi con cuore unico*, parere dell'11 luglio 2021 del Comitato di Bioetica dell'Università di Bologna, p. 2.

riconoscendo piena dignità ed individualità dei neonati, non quantificabile o sacrificabile in termini percentuali.

Solamente nel secondo scenario, laddove si prospetta un pericolo imminente in quanto “*la scelta astensionistica condurrebbe alla morte di entrambi*”³⁶⁵ appare doveroso agire, perché in questo caso un’omissione equivarrebbe ad un’azione che comporterebbe la morte certa di entrambi i neonati³⁶⁶.

Alla luce di tali argomentazioni, il comitato sembra privilegiare il dovere di non uccidere rispetto a quello di soccorso, qualora quello di soccorso imponga di incidere sulla vita di innocenti sulla base di mere scelte utilitaristiche o probabilistiche.

Ciò non entra in contraddizione con il dovere di intervento in caso di pericolo imminente. Perché la scelta – in questo caso dal risultato rispondente alla logica utilitaristica – tutela il più generale ed importante valore della vita. Ancorché con poche possibilità, è auspicabile un intervento che provi a salvare una vita, anche a costo di spegnerne un’altra, altrimenti verrebbero meno entrambe le vite, e questo è un risultato che l’ordinamento non può accettare.

Non lo può accettare, non perché verrebbe meno la scelta utile, ma perché si sacrificerebbe una vita, che andrebbe protetta e tutelata in quanto tale. Secondo il Comitato, di fronte all’astensione, è necessario attivarsi al fine di salvare una vita qualora le possibilità di successo siano significative.

³⁶⁵ *Problematiche bioetiche relative a neonati siamesi toraco-onfalopaghi con cuore unico*, parere dell’11 luglio 2021 del Comitato di Bioetica dell’Università di Bologna, p. 2.

³⁶⁶ M. L. COSTERBOSA, *Commento al Parere del Comitato di Bioetica dell’Alma Mater Studiorum*, p. 231.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La ricostruzione fatta nei capitoli precedenti, priva di qualsivoglia pretesa di esaustività, ha avuto come obiettivo quello di prospettare una nuova lettura della responsabilità medica, alla luce del contesto pandemico ed emergenziale dovuto alla diffusione della Covid-19. Il contesto emergenziale, difatti, ha riportato alla luce una serie di questioni problematiche, prima mai sviscerate – come la natura giuridica dell’art. 590-*sexies* – ovvero relegate alla mera manualistica – come la questione della c.d. scelta tragica nei *triage* ospedalieri.

L’ambito di applicazione dell’art. 590-*sexies*, all’esito del contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla Corte di Cassazione, risolto dalla sentenza delle Sezioni Unite Mariotti, è parso eccessivamente limitante, addirittura più restrittivo di quanto previsto con il previgente decreto Balduzzi. I confini applicativi così stretti erano dovuti ad una causa di non punibilità relegata alle sole ipotesi di colpa lieve connotate da imperizia e, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, al solo errore *in executivis* e non anche all’errore diagnostico.

Senonché, con l’avvento della pandemia, si è riaperto il dibattito congiunto circa l’ambito di applicazione dell’art. 590-*sexies* e la sua natura giuridica.

Ed invero, con riferimento alla natura giuridica dell’art. 590-*sexies*, tradizionalmente ricondotta alla categoria delle cause di non punibilità oggettive, si è avuto modo di argomentare ampiamente come, già dal tenore letterale della norma, essa possa essere ricondotta nell’alveo delle cause di esclusione della colpevolezza. L’adeguamento della condotta medica alle raccomandazioni contenute nelle linee guida, come pubblicate ai sensi di legge, renderebbe manifesto il *deficit* di colpevolezza del sanitario che, pur commettendo un errore dovuto a imperizia, si è comunque allineato alle regole fondamentali dell’*ars* medica.

Tali considerazioni hanno consentito di vagliare una lettura alternativa circa l’ambito di applicazione dello scudo penale introdotto con la riforma Gelli-Bianco, per

il vero oggi valorizzata anche dalla giurisprudenza di legittimità che, data la natura scusante dell'art. 384 c.p., ne ha avallato l'applicazione analogica anche al convivente *more uxorio*. Sullo sfondo di tale decisione si collocava la valorizzazione giuridica del principio di inesigibilità, considerato dalla giurisprudenza corollario del più generale principio di colpevolezza, il quale richiede, con riferimento alla responsabilità penale, una concreta rimproverabilità dell'autore del fatto.

La strada tracciata dalle Sezioni Unite può essere ripercorsa anche nel contesto medico, alla luce di questa lettura evolutiva in termini scusanti dell'art. 590-*sexies*, coerente con la dimensione costituzionale del principio di colpevolezza, ex art. 27 Cost. In tal senso, si aprirebbero le porte di una applicazione analogica anche dell'art. 590-*sexies* ai casi simili. L'applicazione analogica dello scudo penale consentirebbe di allargare le maglie di una non punibilità ormai non più coerente con le nuove esigenze del sistema sanitario. Non solo, come già ampiamente argomentato, l'uso di categorie oggi considerate magmatiche e poco chiare, oltre che dalla dubbia utilità, come quelle inerenti alle varie specificazioni della colpa, non appare più adeguato. Ciò anche in considerazione della necessaria individualizzazione del giudizio di responsabilità penale del personale sanitario, che richiede un'attenta valutazione del contesto e delle circostanze dove è stata commessa la condotta incriminata, a prescindere dalla qualificazione della colpa medica in termini di negligenza, imprudenza o imperizia.

In questi termini, l'art. 590-*sexies* deve essere applicato sullo sfondo del principio di inesigibilità. Il giudizio di responsabilità colposa richiede, per essere conforme al principio di personalità della responsabilità penale, anche una verifica della misura soggettiva della colpa. Tale verifica, che implica un'indagine sui fattori soggettivi e unici che hanno caratterizzato l'illecito e il principio di inesigibilità, aiuterebbe l'interprete a valutare la condotta del medico alla luce del contesto in cui si è concretizzata, tenendo conto della difficoltà intrinseca della prestazione (e in ciò aiuta anche il riferimento all'art. 2236 c.c.), del contesto emergenziale (generico, come quello pandemico, o specifico, con riferimento al quadro clinico del singolo paziente ovvero al deficit organizzativo della struttura ospedaliera, carente di personale o di

strumenti diagnostico-terapeutici adeguati) o dell'incertezza scientifica su una determinata malattia.

Esigenze generali di equità e giustizia sociale, nonché di buon funzionamento del sistema sanitario nazionale, richiedono, infatti, di modulare il giudizio di responsabilità penale dei sanitari tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso, non essendo sufficiente la sussistenza di un mero errore colposo commesso dal medico. Proprio in ciò si coglie la debolezza della riforma Gelli-Bianco: la formulazione di una esimente decontestualizzata, senza una apposita clausola che imponga, in maniera espressa, la valorizzazione del contesto in cui il medico ha esercitato la propria attività.

La verifica circa la concreta esigibilità della condotta, che in parte si rispecchia nel giudizio di evitabilità dell'errore medico, rileva tanto nelle situazioni di responsabilità penale "ordinaria" del medico, con riferimento a tutte le fattispecie riconducibili all'art. 590-*sexies* che, applicato in termini scusanti garantirebbe una maggiore flessibilità e adeguatezza alle esigenze generali del sistema, quanto nelle situazioni di responsabilità penale "straordinaria", riferibili a fattispecie emergenziali o irripetibili, come quelle legate al contesto pandemico. La valorizzazione del principio di colpevolezza, inteso quale necessaria rimproverabilità soggettiva dell'autore del fatto, costituisce il *leitmotiv* di questa lettura evolutiva della disciplina della responsabilità medica.

Non solo, l'emergenza epidemiologica ha suscitato nuovi spunti di dibattito anche con riferimento all'annosa questione del conflitto di doveri in ambito medico (v. Cap. IV), soprattutto con riferimento alla c.d. scelta tragica nel *triage* emergenziale.

L'analisi delle questioni relative al conflitto di doveri e alle scelte tragiche in ambito medico hanno evidenziato che la loro risoluzione poggia necessariamente su diversi piani caratterizzati da una certa viscosità: piani giuridici e piani extragiuridici, intrisi di questioni strettamente correlate all'etica e alla morale. Si spazia, infatti, da questioni squisitamente giuridiche, come il ruolo dello stato di necessità e delle altre esimenti, a questioni etiche e/o morali di stampo assiologico.

La pandemia ha messo in evidenza la necessità di una maggiore attenzione a questi aspetti legati alla gestione delle emergenze sanitarie, per garantire che le risorse siano

utilizzate in modo efficiente e che i pazienti ricevano le cure di cui hanno bisogno secondo criteri di equità.

Il valore aggiunto di una lettura della responsabilità medica alla luce del principio di colpevolezza e dei suoi corollari fondamentali, risiede proprio nella esigenza di promuovere una cultura diversa della responsabilità penale all'interno del mondo medico. Una cultura che coltivi comportamenti e atti di normazione positivi, volti a incentivare l'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario, e ciò può avvenire solo garantendo un contesto in cui i medici operino sempre nel migliore interesse e sicurezza dei pazienti, garantendo la migliore qualità delle cure. In quest'ottica, allora, ha senso contrastare il fenomeno della medicina difensiva e incentivare le buone pratiche di giustizia riparativa, che troverebbero terreno fertile nel contesto della responsabilità penale medica.

Tale approccio, le cui linee direttrici si muovono tanto sul piano giuridico quanto sul piano sociale, non deve prescindere dalla fondamentale posizione che il personale sanitario riveste all'interno della società (valore tristemente riscoperto solamente durante l'emergenza sanitaria), nella consapevolezza di una professione complessa e difficile, dagli esiti imprevedibili, senza mai trascurare le esigenze di tutela e di cura dei pazienti, in un'ottica di ragionevole contemperamento degli artt. 3, 27 e 32 della Costituzione.

BIBLIOGRAFIA

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 *Riv. it. med. leg.*, 3/2013.

BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019.

BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1963.

BARON M., *Justifications and Excuses*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, no. 2, 2005.

BARRESI R., BATTAGLINO A., CALABRESE A., LOMASTRO R., MAFFIONE G., NATOLI V., PARENTE E., QUAZZICO A., *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, 2012.

BARTOLI R., *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2020.

BARTOLI R., *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018.

BASILE F., P. F. POLI P. F., *La responsabilità per “colpa medica” a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *Sist. pen.*, 2022.

BASILE F., *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017.

BASSO E., *Gli infermieri sbagliano il conto delle garze? Ne risponde il capo dell'équipe medica*, in *Ridare.it*, 2022. Reperibile in <https://ridare.it/articoli/giurisprudenza-commentata/gli-infermieri-sbagliano-il-conto-delle-garze-ne-risponde-il-capo>

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffré, Milano, 2007.

BENATO E., *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio: analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *Discrimen*, 2021.

BERLINGER N., WYNIA M., POWELL T., MICAH HESTER D., MILLIKEN A., FABI R., COHN F., GUIDRY-GRIMES L. K., WATSON J. C, BRUCE L., CHUANG E. J., OEI G., ABBOTT J., PIPER JENKS N., *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19 Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice*, 16 marzo 2020.

Reperibile in <https://www.thehastingscenter.org/wp-content/uploads/HastingsCenterCovidFramework2020.pdf>

BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.

BOVI G., *La colpa del medico ai tempi del Covid-19: la soluzione nei principi generali?*, in *Giustizia insieme*, 2020.

BRUNO A., *Le Sezioni Unite e l'estensione dell'art. 384 comma 1 c.p. al convivente more uxorio. Tra istanze rigoristiche e rischi di applicazione erga omnes*, in *Dir. e proc.*, 2021.

BUZZONI A., *Responsabilità medica e sanitaria: la riforma Gelli*, 3^a ed., Milano, 2017.

BRUSCO C., *Elemento soggettivo del reato e infortuni sul lavoro*, reperibile in https://www.corteappello.genova.it/Distretto/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=6

51

CALABRESI G., BOBBITT P., *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006.

CALETTI G. M., *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Pen. dir. e proc.*, 2020.

CALETTI G. M., *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2019.

CALETTI G. M., *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, 3/2020.

CALETTI G. M., MATTHEUDAKIS M. L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite. Tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018.

CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2014.

CAPECCHI M., *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Riv. resp. med.*, 2020.

CAPUTO P. M., CENTONZE F., *La risposta penale alla malpractice: il dedalo delle interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017.

CASTRONUOVO D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2013.

CASTRONUOVO D., *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2002.

CEREA F., *Farmaci off label e sperimentazione clinica: l'emergenza Covid-19 svela le potenzialità del dato normativo*, in *BioLaw Journal*, 1/2021.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, 4^a ed., Il Mulino, Bologna, 2019.

Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 2020. Documento coordinato dei professori S. CANESTRARI S., CASONATO C., DA RE A., D’AVACK L., MORRESI A., PALAZZANI L., SAVARINO L. Reperibile in <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/>

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *Itinerari di Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013.

COSTERBOSA M. L., *Commento al Parere del Comitato di Bioetica dell’Alma Mater Studiorum*, in S. CANESTRARI (cur.), *Bioetica e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

CUPELLI C., *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017.

CUPELLI C., *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2017.

CUPELLI C., *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sis. pen.*, 30 marzo 2020.

CUPELLI C., *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 2021.

CUPELLI C., *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.* 4/2017.

D'ALESSANDRO F., *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2014.

D'ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2017.

D'ARCA G., *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2019.

D'AVACK L., *Covid-19: criteri etici*, in *BioDiritto*, 2020.

DE NICOLA C., *Rilettura del documento della Pontificia Accademia Pro Vita. Pandemia e fraternità universale. Nota sulla emergenza da COVID-19*, in *Riv. it. cure palliative*, 2020.

DELLA VALENTINA J., *La responsabilità penale medica negli scenari post Covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. pen.*, 12/2021.

Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, 27 marzo 2020. Reperibile in <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/englisch/recommendation-coronavirus-crisis.pdf>

DI GIOVINE O., *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, il Mulino, Bologna, 2022.

DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi")*. *Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013.

DI SALVO E., *Pandemia da coronavirus, responsabilità del medico ed esigibilità della condotta alternativa doverosa*, 2020. reperibile in <https://www.unicost.eu/pandemia-da-coronavirus-responsabilita-del-medico-ed-esigibilita-della-condotta-alternativa-doverosa/>

DI SALVO E., *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 12/2020.

DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.

DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991.

DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013.

DONINI M., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione e giustizia*, 20.10.2020, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato>.

EDMONDS D., *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Cortina Raffaello, Milano, 2014.

FACCIOLI M., *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, in *Riv. resp. med.*, 2020.

FALCINELLI D., *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2021.

FIANDACA F., E. MUSCO E., *Diritto penale. Parte Generale*. 8° ed., Bologna, 2019.

FIORE C., *Diritto penale parte generale*, UTET, Torino, 2020.

FIORE S., *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, n. 2/2021.

FIORI A., MARCHETTI D., *L'art. 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013.

FLETCHER P. G., *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2000.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1990.

G. PECORELLA, *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena*, in *Arch. pen.*, 2/2019, p. 8 ss.

GATTA G. L., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa"*, approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019, in *Dir. pen. cont.*, 4/2019.

GENTILOMO A., *La peste e la colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020.

GIUNTA F., CARCATERRA G., DI GIOVINE O., MAZZACUVA N., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010.

GRILLO P., *Equipe medica: alcune precisazioni della Cassazione in tema di responsabilità colposa*, in *Dir. e giust.*, 2018.

GUERRA G., *La "medicina difensiva": fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Sal. e dir.*, 14/2013.

HUSAK D., *Justifications and the Criminal Liability of Accessories*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, V. 80, 1989.

LOSAPPIO G., *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid-19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giur. pen.*, 4/2020.

LUCEV R., *La responsabilità penale del medico dopo la legge Gelli-Bianco: riflessioni sull’articolo 590-sexies c.p.*, in *Giur. pen.*, 9/2017.

MACCHIA A., *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sis. Pen.*, note a sentenza, 2021.

MACRÌ E., *Brevi note in tema di responsabilità del c.d. secondo aiuto nell’ambito delle attività della équipe chirurgica*, in *Giorn. it. ort. traum.*, 44/2018. Reperibile in https://www.giot.it/wp-content/uploads/2018/04/11_Art_Medicina-legale_Macr%C3%AC-1.pdf.

MANNOZZI G., LODIGIANI G. A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*. Giappichelli, Torino, 2017.

MANTOVANI F., *Colpa medica e sue mutazioni*, in *Giur. pen.*, 2013.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966,

MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2020.

MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009.

MANTOVANI F., *Il principio di soggettività e l'integrale recupero dei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022.

MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.

MATTEVI E., *Giustizia riparativa e pandemia. Spunti di riflessione con particolare riferimento al contenzioso in ambito sanitario*, in *Leg. pen.*, 2021.

MATTHEUDAKIS M. L., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 3/2018.

MERLI A., *Brevi note sul ruolo dell'art. 2236 c.c. nel settore della responsabilità penale colposa degli operatori sanitari e sul rapporto tra il nuovo art. 590-bis c.p. e la disposizione civilistica*, in *Cass. pen.*, 11/2019.

MERLI A., *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 2020.

MEZZETTI E., *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2000.

OLIVA A., PASCALI V. L., GRASSI S., MARAZZA M., VETRUGNO G., PONZANELLI G., SCAMBIA G., CAUDA R., BELLANTONE R., CAPUTO M.,

La pandemia di Covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2021.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, a cura di MILITELLO V., PARODI GIUSINO M., SPENA A., 9° ed., Giuffrè, Milano, 2020.

PALAZZO F., *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sist. pen.*, 2021.

PALAZZO F., *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 2019.

PECORELLA G., *Semantica versus ideologie. L'errore sulle c.d. cause di esclusione della pena*, in *Arch. pen.*, 2/2019.

PEZZIMENTI C., *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”*: un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015.

PICCININNI M., *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3/2020.

PIRAS P., *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2012.

PIRAS P., *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sist. pen.*, 2021.

POLI P. F., *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017.

RAZZANO G., *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Ass. it. cost.*, 3/2020.

Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e Del Ruolo della Corte di Cassazione, Servizio penale. Reperibile in: <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel.35-2021.pdf>.

RIZZO C., *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 1/2021.

ROIATI A., *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 1/2020.

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale artt. 1-84*, Vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004.

RUGGIERO G., *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021.

SAMW-ASSM, ACCADEMIA SVIZZERA DELLE SCIENZE MEDICHE, *Pandemica Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse. Indicazioni per l'attuazione del capitolo 9.3 delle direttive dall'ASSM "provvedimenti di medicina intensiva"*, 2013. Reperibile in <https://www.sicp.it/aggiornamento/linee-guida-bp-procedures/2020/04/pandemia-covid-19-indicazioni-samw-e-fgpg/>.

SANDEL M., *Giustizia, il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, III ed., 2014.

SAPONARO M. B., *L'insostenibile leggerezza del tragico*, in G. LOSAPPIO (cur.), *Scelte tragiche, Quaderni del Dipartimento jonico*, Bari, 2021.

SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010.

STEFANÌ P., *Diritto, religione e scelte tragiche*, in G. LOSAPPIO (cur.), *Scelte tragiche, Quaderni del Dipartimento jonico*, Bari, 2021.

TAFARO L., *Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche*, in G. LOSAPPIO (cur.), *Scelte tragiche, Quaderni del Dipartimento jonico*, Bari, 2021.

TERRIZZI A., *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 7/2018.

VALLINI A., *L'art.3 del “decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013.

VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960.

VENAFRO E., *Scusanti*. Giappichelli, Torino, 2002.

VENEZIANI V. P., *Regole cautelari “proprie” e “improprie” nella prospettiva delle fattispecie causalmente orientate*, CEDAM, Padova, 2003.

VERGANO M., BERTOLINI G., GIANNINI A., GRISTINA G., LIVIGNI S., MISTRALETTI G., PETRINI F., *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, SIAARTI, pubblicate il 6 marzo 2020. Reperibile in <https://www.sicp.it/documenti/altri/2020/03/siaarti-raccomandazioni-di-etica-clinica-per-lammissione-a-trattamenti-intensivi-e-per-la-loro-sospensione/>.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000.

VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

WESTEN P., *An attitudinal theory of excuse*, in *Law and Philosophy*, Vo. 25, 2006.

