

Al Sig. Procuratore generale

SEDE

Note preliminari su ipotesi di modifica della disciplina della responsabilità civile (e penale) per esercizio dell'attività sanitaria in relazione all'epidemia Covid-19

1. L'oggetto di questo appunto è una (necessariamente incompleta) analisi di alcune delle varie proposte che sono state formulate circa la disciplina di cui al titolo. In particolare, sono prese in considerazione le proposte che risultano presentate nel corso dell'*iter* di conversione in legge del d.l. 18/2020, che si riportano, unitamente alla normativa di riferimento vigente. È formulata in conclusione qualche ipotesi ulteriore, anche tenendo conto di alcuni commenti, a valere solo come traccia, spunto di possibili scelte.

2. È da premettere che le ipotesi emendative sono oggi superate sul piano temporale, ossia dell'immediatezza della loro trattazione, in quanto, in sede di discussione al Senato sul d.d.l. 1766/S/XVIII di conversione del decreto-legge, gli emendamenti sono stati ritirati e trasformati in ordini del giorno (che si allegano), mentre è stato approvato con voto di fiducia un emendamento del Governo (che non contiene disposizioni sul punto in esame): il testo approvato dal Senato è pure riportato in allegato.

Il ritiro degli emendamenti, con la loro trasformazione in ordini del giorno, è generalmente motivato con la necessità di un più adeguato approfondimento delle diverse problematiche che qualsiasi modifica alla disciplina della responsabilità civile, specie se di carattere eccezionale/temporaneo, determina. Tuttavia, proprio alla luce delle esigenze che sono state espresse con gli emendamenti, e della indicazione comune di una riflessione più ponderata, è presumibile che in ogni caso il legislatore vorrà intervenire su questo terreno, eventualmente in sede di decretazione di urgenza o di conversione di altro provvedimento. La questione resta dunque attuale, e le ipotesi emendative esprimono i vari punti di vista del dibattito.

3. L'occasione immediata di tutte le proposte di modifica è ravvisabile, secondo quanto risulta sia dalle motivazioni degli emendamenti sia dalle informazioni sui *media*, nella "risposta" (normativa) che si intende fornire a iniziative giudiziarie – e a denunce penali – avviate da parte di alcuni professionisti nei confronti di strutture sanitarie e di personale medico impegnato nelle attività di cura legate all'emergenza epidemiologica Covid-19. Iniziative che hanno determinato nell'immediato una reazione fortemente critica degli ordini professionali coinvolti (quello forense e quello medico).

Il punto di partenza risulta essere in generale quello della protezione e tutela del personale medico e infermieristico a fronte di azioni per risarcimento del danno in sede civile, per asserita *malpractice* sanitaria, ovvero a denunce penali (anche con possibile esercizio dell'azione civile in sede penale) per i reati di lesioni colpose (e, in correlazione, a iniziative d'ufficio per il reato di omicidio colposo, su cui *infra*).

4. L'emergenza imprevedibile in cui si è venuto a trovare il sistema sanitario nazionale ha determinato condizioni di esercizio della professione sanitaria del tutto anomale, in particolare in talune aree territoriali note, e ciò a sua volta ha comportato scelte di eccezione, e l'alterazione

complessiva della *routine* ospedaliera e delle strutture socio-sanitarie residenziali, alcune delle quali a loro volta utilizzate come sede di appoggio di pazienti Covid-19.

Azioni risarcitorie, denunce penali e in taluni casi iniziative d'ufficio (peraltro obbligatorie) offrono un quadro di potenziale "accusa" – principalmente omissiva – verso il sistema sanitario e verso coloro che vi operano all'interno, che può anche produrre possibili effetti distorsivi, verso la medicina cd. difensiva e la riduzione dell'impegno che la categoria ha mostrato di offrire al Paese.

Sarebbe utile, per valutare concretamente portata ed implicazioni delle varie proposte, un **passaggio preliminare**: svolgere una **ricognizione attendibile di quali siano gli effettivi contenuti delle domande risarcitorie e/o delle denunce e delle iniziative penali avviate**. Capire cioè su quale terreno si collocano, o si collocano principalmente, le doglianze, siano esse reali o strumentali, avanzate in questo modo. Se si tratta di dare una "risposta" legislativa in contesto emergenziale, è necessario considerare che comunque essa andrebbe a intaccare un sistema normativo unitario ed essenzialmente consolidatosi [dopo la legge Gelli-Bianco n. 24/2017 e la giurisprudenza che si è formata al riguardo con le pronunce "di S.Martino" del 2019 che hanno consolidato diversi indirizzi nella materia; nonché, sul piano penale, dopo Cass., S.U. n. 8770/2018 che ha definito i parametri della responsabilità colposa penale da *malpractice*]. L'idea di fondo, riassunta nella formula dello "scudo" (civile o penale), appare cioè doversi articolare in forma più specifica e tale da consentire di distinguere posizioni, ruoli e responsabilità. In questo sembra risiedere la difficoltà di definire una formulazione comprensiva, idonea a "coprire" le (sole) situazioni meritevoli, senza eccedere rispetto allo scopo o perfino ottenere effetti antitetici.

Una cooperazione informativa con l'ordine professionale forense e con quello dai sanitari e una ricognizione in ambito giudiziario potrebbero fornire una opportuna informazione sul punto.

5. Da una molto sommaria disamina "allo stato" (tratta da mass-media e dal web, necessariamente), emerge che le iniziative risarcitorie di cui si ha notizia riguardano principalmente infezioni Covid che si assumono contratte in contesto ospedaliero da persone ammesse a visita o ricovero (non-Covid) e che ne erano inizialmente indenni, dunque si rivolgono principalmente verso le strutture sanitarie, più che verso i singoli medici operanti in esse, lamentando l'inadempimento agli obblighi protettivi accessori a quello principale di cura, il mancato rispetto di protocolli di sicurezza, omissioni nella organizzazione complessiva della prestazione di ospedalità etc. Questo genere di doglianza chiama in causa in primo luogo le determinazioni organizzative delle strutture, e con esse gli organi gestori, più che individualmente i sanitari.

Ancora, chiama in causa la responsabilità degli organi amministrativi e di gestione, più che direttamente il personale sanitario medico e infermieristico, ad es., la vicenda che risulta coinvolgere le strutture residenziali di assistenza – RSA¹.

Il tema dell'infezione contratta in contesto ospedaliero o di RSA è problematico. La responsabilità (contrattuale) della struttura in questi casi viene normalmente a configurarsi, più che per *malpractice* dei sanitari, per inadeguatezze e disfunzioni organizzative del proprio complessivo apparato di risorse umane e materiali, indipendentemente dalla colpa o negligenza individuale di taluno. Essa si connota in termini omissivi: non avere adottato in concreto le misure adeguate

¹ V. la vicenda del Pio Albergo Trivulzio, oggetto di indagine penale con imputazioni di omicidio colposo e di epidemia colposa.

all'isolamento e alla prevenzione dell'infezione. Lo schema contrattuale (a) fa cadere sul danneggiato l'onere della prova del nesso causale tra accesso in struttura e infezione contratta, onere che se in via normale può essere assolto con ragionamento presuntivo, appare assai più complesso in una evenienza come quella Covid-19, in cui lo stesso tempo di incubazione è incerto (1-3 settimane) e le possibilità di avere contratto il virus altrove, magari subito prima dell'ingresso in ospedale, o per fatto di terzi (familiari, altri pazienti) etc., cioè le ipotesi di cd. danno "anonimo", sono più elevate [il rapporto causale tra omissione e infezione-evento è generalmente svolto, sul piano cd. controfattuale, attraverso elementi di prova presuntivi e di valutazione probabilistica: ma in emergenza Covid proprio il contesto eccezionale rende meno sostenibili ragionamenti presuntivi basati sull'*id quod plerumque accidit*, giacché manca la "normalità" di ciò che generalmente accade e di ciò che occorre fare]: (b) di contro, fa cadere sulla struttura l'onere della prova della inevitabilità della diffusione della infezione, secondo lo schema dell'art. 1218 c.c., che, riguardando la diligenza nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale assunta, si traduce, nella specie, nella prova dell'adozione puntuale delle linee-guida e delle prassi restrittive e di appropriato isolamento in tema di prevenzione del contagio, tale da rendere l'inadempimento o meglio l'inesatto adempimento – pur sussistente – comunque irrilevante ai fini del risarcimento, che non sarà dovuto². Si può considerare in breve che il tema dell'infezione cd. endonosocomiale appesantisce il carico probatorio su entrambi i lati, paziente e struttura. Ma è pure chiaro che per valutare il grado di esigibilità della condotta di prevenzione globale della diffusione del virus in ambiente ospedaliero vengono in rilievo fattori ulteriori: gli spazi reali di isolamento in una situazione di congestione degli ingressi, le procedure di sanificazione, la disponibilità di mezzi e personale, in una "catena" che si spinge fino alla dotazione di strumenti (mascherine, presidi protettivi) e anche alla limitatezza di personale, quindi alle stesse misure (straordinarie) messe in atto con i d.l. governativi per il reperimento di tali mezzi e per l'incremento del personale, talvolta non specializzato nel campo delle malattie infettive. Proprio le criticità preesistenti – circa i beni, le dotazioni, gli spazi, le dotazioni organiche specializzate – alle quali si è cercato di porre man mano riparo con le disposizioni dell'emergenza, specie quanto a deroghe per gli acquisti e deroghe in tema di reclutamento del personale e di vincoli di orario/prestazione, costituiscono in fondo un elemento di possibile prova della sostenibilità della assenza di responsabilità secondo il criterio dell'art. 1218 c.c.

Le ipotesi dette non esauriscono la complessità della questione.

Cercando di allargare l'orizzonte, al fine di considerare una soluzione normativa che regoli in modo proporzionato i problemi in discorso, sembrano da considerare altre, non meno importanti, evenienze.

Prima di tutte, quella che vede gli stessi sanitari – medici e infermieri del SSN e delle strutture convenzionate – quali possibili danneggiati (i loro eredi, per i purtroppo numerosi casi di decesso), nell'ambito del rapporto di prestazione contrattuale con la struttura-datrice di lavoro: uno "scudo" globale che intendesse garantire le strutture e i loro amministratori, direttori etc. con una formulazione per così dire a 360°, potrebbe finire per pregiudicare proprio questi drammatici casi.

Altra delicatissima questione è quella che intercetta le operazioni di *triage* e di classificazione della gravità all'atto dell'ingresso dei pazienti e del ricovero, con le connesse determinazioni di dislocazione dei pazienti negli ambienti ospedalieri e relativo grado di protezione. È un aspetto che

² Cfr. sul punto Cass., n. 28989/2019 da ultimo.

da un lato tocca la tematica delle infezioni “endogene” cui si è fatto cenno, una volta che sia effettuata la classificazione, ma dall’altro e prima si intreccia con quella delle scelte terapeutiche “ultime” (a chi dare la precedenza?)³. In contesto di sproporzione tra domanda sanitaria e disponibilità materiale e di personale, il canone del massimo possibile di cura al massimo possibile di pazienti secondo le relative necessità può avere imposto “scelte tragiche” dettate dalla contestualità di situazioni: numero di pazienti, incertezza sul relativo grado di infezione, differenti condizioni pregresse di ciascuno, insufficienza delle risorse di medici ed infermieri. Questa gamma dei fattori di “selezione” determina la necessità di considerare ciascun caso non isolatamente ma nell’assieme, perché ogni percorso terapeutico individuale può essere qualificato in termini di adeguatezza o inadeguatezza solo se visto in relazione a tutti gli altri e alla capacità di risposta della struttura del sistema sanitario, al quale hanno accesso esigenze quantitativamente non compatibili con le pratiche correnti. Anche qui, la situazione ambientale e la difficoltà e novità dell’approccio sanitario, per la ridotta conoscenza delle possibilità terapeutiche tuttavia segnate dall’impellenza, alterano i parametri di giudizio consueti. Si tratta di affrontare una emergenza che in talune Regioni è certamente “catastrofica” e che implica operazioni di coordinamento e di gestione che eccedono le singole strutture⁴.

Ancora, si pensi a tutta la gamma di interventi a ritroso, vale a dire quella che precede le prestazioni ospedaliere vere e proprie: si tratta delle fasi propedeutiche, dei controlli preventivi e delle attività di verifica (tamponi, *screening*, segnalazioni dei medici di base in rapporto alle linee-guida sulla sintomatologia da apprezzare, *pre-triage*), che pure possono essere correlati, secondo i criteri giuridici di imputazione con-causale *ex art. 41 c.p.*, a un evento successivo (lesioni o morte non solo in ambito ospedaliero, ma anche in abitazione), oltre a ev. perdite di *chances* terapeutiche.

La stessa utilizzazione di medici e personale non specializzato in malattie infettive all’interno delle strutture dedicate al Covid-19⁵ apre la questione della imputazione di addebiti di negligenza e ancor più di imperizia correlate alla specifica competenza del singolo esercente, secondo l’indice della speciale difficoltà che delimita la responsabilità del prestatore di opera professionale *ex art. 2236 c.c.*

E ulteriori sia pur meno vasti ambiti suscettibili di dare luogo a pretese risarcitorie potrebbero ipotizzarsi, come quello che riguarda la gestione sanitaria in comunità chiuse (carceri) o quello che

³ Da notizie di stampa, risulta che per es. in Svezia è stata adottata una linea-guida che indirizza la necessità di intervento prioritario per chi abbia meno di 80 anni. Una indicazione che se non ha sinora avuto riscontro, nel nostro Paese, tuttavia si interseca con il “protocollo” di principio dell’*ars medica* che è quello di salvare, con le cure, coloro per i quali vi siano maggiori possibilità di successo, dunque le fasce più giovani, normalmente anche se non necessariamente tali. Un recente documento della Società italiana di anestesia, rianimazione e terapia intensiva ha adottato una Raccomandazione per l’ammissione a trattamenti intensivi in condizioni di eccezionale squilibrio tra necessità e risorse disponibili, nella quale, in previsione dell’enorme squilibrio tra necessità cliniche della popolazione e risorse reali intensive, si è prefigurato come *possibile* lo stabilire un limite di età per l’ingresso in terapia intensiva e di riservare l’uso delle risorse ha chi abbia maggiori probabilità di sopravvivenza e poi a chi abbia davanti più anni di vita salvata, sempre secondo il criterio del maggior numero di benefici per il maggior numero di persone. Il criterio del *first come, first served* non ha comunque spazio.

⁴ Il Dipartimento della protezione civile ha svolto compiti da remoto di dislocazione e trasferimento dei pazienti in aree o regioni diverse, in relazione alla limitatezza delle capacità di accoglienza nei singoli casi.

⁵ Cfr. il d.l. n. 14/2020, con il quale è stata dettata la disciplina emergenziale per il reclutamento di medici e personale sanitario, con richiamo di medici in pensione, reclutamento di medici non specializzati, di medici di medicina generale e di pediatri e l’attribuzione di incarichi a tempo nel SSN:

investe le stesse scelte amministrative intestate al Ministero della salute, per lo scarto che si volesse sostenere tra l'ambito delle conoscenze scientifiche del periodo, necessariamente dinamiche, e le direttive cogenti emesse in periodo di Covid-19 (sulla falsariga di quanto è avvenuto ad es. in tema di emotrasfusioni e infezioni da HIV o HCV).

In sintesi, sembra opportuno selezionare le diverse ipotesi e i casi che si presentano nell'attuale momento o che potrebbero presentarsi in futuro, per evitare di introdurre discipline suscettibili di determinare distorsioni magari non volute o applicazioni che, tutelando taluno, finiscano per pregiudicare altri casi degni di protezione.

6. Per la delicatezza di qualsiasi intervento legislativo che intenda mutare, con riguardo a un periodo di tempo definito nell'esordio ma non ancora nel termine finale⁶, la disciplina della responsabilità sanitaria in senso lato, si dovrebbe in primo luogo considerare il vincolo costituzionale. Nessun dubbio sui requisiti di necessità ed urgenza quanto alla adozione di decreti-legge come forma oggi ordinaria di produzione legislativa; ma occorre considerare i limiti di ragionevolezza/proporzione rispetto allo scopo della disciplina di "franchigia" che si voglia introdurre; la misura eccezionale dell'epidemia dovrebbe corrispondere alla misura dell'intervento, per ciò che Covid-19 ha determinato nel contesto delle ordinarie attività sanitarie.

Si espone questa premessa perché quello della responsabilità civile, in particolare da illecito civile extracontrattuale che tutela il singolo dal danno "ingiusto", è un sistema che si può definire *necessario* e di diretta correlazione con i principi costituzionali, là dove specificamente l'ingiustizia del danno abbia riguardo a beni fondamentali, quale è la salute. Non sarebbe cioè possibile costituzionalmente l'ablazione piena della tutela risarcitoria, in quanto essa trova base nell'art. 32 Cost., secondo lo sviluppo che nella giurisprudenza ha trovato espressione nella scissione della garanzia risarcitoria del pregiudizio non patrimoniale al bene-salute, *ex art. 2059 c.c.*, rispetto alla commissione di un reato (Cass., S.U. n. 26972/2008 e coeve conformi; Corte cost., n. 233/2003). Senza necessità di esplorare le dinamiche interpretative che anche dopo le SU del 2008 e fino a tempi recenti hanno impegnato l'elaborazione della S.C., nella sistemazione dei rapporti per così dire "interni" alla categoria del danno biologico/non patrimoniale⁷, trattandosi di analisi che eccederebbe i limiti di questo documento, si può qui dire che un grado almeno minimo di tutela deve essere garantito, nel contemperamento con la esigibilità della condotta richiesta al debitore della prestazione sanitaria.

In questo senso, talune proposte emendative che sembrano voler restringere ai soli casi di *dolo* del sanitario (o del responsabile di struttura, per la parte relativa al rapporto di ospedalità) la tutela risarcitoria, appaiono eccedere il suddetto limite. È chiaro che una lesione *intenzionale* della salute altrui da parte del medico o infermiere, come da parte dei responsabili/datori di lavoro attraverso direttive e linee operative od organizzative, non potrebbe che essere fonte di responsabilità, non fosse altro perché costitutiva di illecito penale (doloso)⁸. Ma è pure chiaro che ciò non risolve il

⁶ Il *dies a quo* dell'emergenza epidemiologica può essere fissato o nella dichiarazione dello stato di emergenza con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 ovvero nella data del 23 febbraio 2020 (data del primo d.l., n. 6/2020, poi conv. dalla legge n. 13/2020, della serie normativa emergenziale). Il *dies ad quem* non è oggi predefinibile, potrebbe forse indicarsi nella dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza da Covid-19.

⁷ Quanto alla unificazione o meno in unica categoria del danno "morale soggettivo", di quello biologico in senso proprio, di quello da perdita del rapporto parentale, oltre che per la tematica del cd. "danno esistenziale" e quanto alla esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie in base a etichette nominalistiche. V. di recente Cass., n. 28989/2029, proprio in tema di danno da infezione contratta in ambiente ospedaliero.

⁸ Tanto più con l'estensione al profilo del dolo eventuale delle condotte che causano lesioni o morte.

problema, essendo irrealistica l'evenienza di condotte intenzionali. Il dilemma si colloca piuttosto sul piano della responsabilità per colpa, sulla sua graduazione e sul contenuto specifico che nella generale condizione soggettiva colposa voglia farsi assumere alle diverse componenti della diligenza, della imprudenza e della imperizia, rapportando l'elemento soggettivo al grado di imprevedibilità del COVID e al contempo alle risorse date.

7. Si deve quindi partire dalla disciplina normativa vigente, e dove necessario alle interpretazioni attuali di essa, per individuare gli spazi di possibile intervento e per valutarne la congruenza rispetto allo scopo.

Le norme essenziali di riferimento sono: gli artt. 1218, 1227, 1228, 1229, 2236, 2043, 2045 e 2059 cod. civ.; la legge n. 24/2017, cd. Gelli-Bianco; gli artt. 589, 590 e 590-*sexies* cod. pen. (omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario); nonché, oltre il profilo strettamente sanitario, l'art. 452 in rel. all'art. 438 cod. pen. (Epidemia colposa).

8. Come è noto, la responsabilità civile in ambito sanitario, con la riforma *ex* legge n. 24/2017, dopo l'elaborazione giurisprudenziale sul "contatto sociale", è stata esplicitamente ricondotta alle due polarità:

- contrattuale, quella della struttura sanitaria o sociosanitaria; la struttura sia pubblica che privata risponde contrattualmente, per fatto proprio ossia per le condizioni di gestione e di amministrazione, ma anche per i fatti dolosi o colposi dei sanitari di cui essa si avvale, siano o meno legati da rapporto di lavoro dipendente, essendo sufficiente l'utilizzo della loro prestazione; il titolo contrattuale pone il creditore-danneggiato nella posizione di favore probatorio quanto all'inadempimento, che gli è sufficiente allegare, spettando al debitore-danneggiante l'onere di provare l'esatto adempimento ovvero la non imputabilità a se stesso secondo l'art. 1218 c.c. per impossibilità obiettiva della prestazione (Cass., S.U. n. 13533/2001), che si colloca nell'ambito delle cause estintive dell'obbligazione (risarcitoria); in altri termini, alla struttura fa carico di provare che l'impossibilità dell'adempimento esatto deriva da una evenienza a essa non imputabile. Incombe comunque sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare la duplice relazione causale, materiale (tra condotta ed evento di danno) e giuridica (tra evento di danno e conseguenze pregiudizievoli in concreto). Il dubbio sul nesso giova al debitore, struttura o medico.

- extracontrattuale, quella del medico o altro esercente la professione sanitaria (a meno che non sia intercorso un contratto direttamente tra medico e paziente); il titolo aquiliano impegna il danneggiato a provare anche l'altrui colpa, oltre che (come per il titolo contrattuale) il nesso causale materiale tra condotta ed evento di danno.

Questa disciplina è imperativa e non derogabile (v. art. 7 della l. 24/2017). Clausole difformi eventualmente stipulate devono ritenersi nulle, con possibilità di rilevazione officiosa⁹.

⁹ Devono ritenersi quindi nulle talune clausole, che pure sono conosciute nella prassi, con cui il sanitario si obbliga a farsi carico integralmente delle conseguenze a titolo di responsabilità colposa per i danni causati a terzi, liberando in toto la struttura. Ciò, non tanto sotto il profilo dell'art. 1229 c.c., che tutela il creditore della prestazione, non i rapporti interni tra co-debitori, ma in ragione della *ratio* della legge n. 24/2017, che definisce, appunto in termini imperativi, un sistema di risarcimento improntato a una distruzione del rischio sanitario e al contrasto alla medicina difensiva, che non consente alterazioni dei meccanismi di rivalsa, la cui finalità verrebbe stravolta da patti di "manleva" di questo genere. La nullità sarebbe rilevabile d'ufficio (Cass., S.U. n. 26242/2014).

Uno snodo centrale della riforma del 2017 è stato quello costituito dal parametro di valutazione della responsabilità colposa nella condotta medica secondo la sua conformità/deviazione rispetto alle indicazioni – raccomandazioni, protocolli, linee guida – fornite dalle strutture abilitate. L'art. 5 co. 1 della legge n. 24 recita:

“Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida.

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

Due D.M. attuativi del 29.9.2017 e del 2.8.2017 hanno rispettivamente costituito l'Osservatorio nazionale sulle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, con la finalità di gestione complessiva del rischio sanitario e la definizione delle misure preventive di detto rischio, e individuato i soggetti abilitati alla adozione delle linee guida.

La centralità del rispetto dei protocolli emerge anche dall'art. 7, comma 3, della legge n. 24 e dalla introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.: la legge n. 24/2017 non si sofferma tanto sui “gradi” della colpa medica, quanto si focalizza sulla componente della imperizia, rapportata appunto alla osservanza delle linee guida¹⁰.

Per il sanitario, l'accertamento della responsabilità extracontrattuale impone al giudice di considerare (implicitamente, ai fini della considerazione del grado di colpa) la condotta “ai sensi dell'art. 5” della stessa legge, quindi sotto il profilo dell'essersi attenuto alle raccomandazioni e linee guida ovvero alle buone pratiche clinico-assistenziali.

La giurisprudenza penale d'altra parte ha poi delineato presupposti e contorni del perimetro della punibilità, enunciando questi principi:

*“In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la*

¹⁰ Art. 590-*sexies*, comma 2: Qualora l'evento [di omicidio colposo o lesioni colpose commessi nell'esercizio della professione medica, v. comma 1, n.d.r.] 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”.

professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse.

Le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.”.

Ora, il problema che origina dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 consiste nella imprevedibilità della specifica infezione, nel suo carattere massivo, nella mancanza di sperimentazioni pregresse e di evidenze scientifiche etc., in breve nella sua eccezionalità, che rende sotto questo profilo recessivo il ricorso a linee guida come elemento di valutazione del fattore colposo. Se si scorre l'elenco delle determinazioni e delle raccomandazioni man mano fornite dall'Istituto superiore di Sanità, organo centrale qualificato in questa contingenza¹¹, si registrano direttive temporanee e di taglio generale, fondamentalmente imperniate sugli strumenti protettivi da utilizzare (mascherine, DPI e FFP) non essendosi in precedenza mai verificata la specifica diffusione di questo virus¹². La mancanza di evidenze scientifiche immediatamente fruibili per la prevenzione e il controllo della diffusione, colloca quindi l'attenzione sul rispetto di protocolli generali e di misure precauzionali antecedenti, circa le modalità di trasmissione infettiva¹³.

Assumono quindi maggiore rilievo, in detto contesto, i caratteri di elasticità delle misure generali e l'adozione delle “buone pratiche” di cui all'art. 590-*sexies* e ciò, trattandosi di clausole ampie, assegna al controllo giudiziale uno spazio maggiore di scrutinio caso per caso. Non senza osservare, peraltro, che, come è stato osservato in diversi commenti sulle implicazioni giuridiche dell'emergenza sanitaria, in realtà i protocolli di prevenzione e di gestione del rischio epidemiologico non propongono, come tali, profili di difficoltà tecnica peculiari, e quindi non chiamano tanto in causa addebiti di potenziale imperizia professionale quanto principalmente aspetti di difetto di diligenza organizzativa.

Terzo pilastro della riforma *ex* legge n. 24, dopo quelli della esplicita qualificazione del titolo (contrattuale/aquiliano) e della correlazione tra colpa per imperizia e mancata osservanza di linee-guida, è quello del sistema di copertura assicurativa della responsabilità in campo sanitario.

Mutuando l'ispirazione della disciplina della assicurazione obbligatoria R.C. auto, e optando per una redistribuzione del rischio complessivo secondo il canone della medicina “solidale”, la legge n. 24/2017 ha istituito meccanismi particolarmente rivolti a garantire l'esercizio professionale senza atteggiamenti “difensivi” indotti dal timore di conseguenze risarcitorie e al contempo a fornire al

¹¹ Il “Sistema nazionale delle linee guida”, pubblicato dal Ministero della salute in forza della legge n. 24/2017, non propone indirizzi operativi per il Covid. Le misure contro la pandemia sono state date dall'ISS, che ha il compito di aggiornare le linee guida.

¹² Si vedano i Rapporti ISS “COVID” n. 2/2020, con “Indicazioni *ad interim* per un utilizzo razionale delle protezioni per infezione da Sars-Cov.2 nelle attività sanitarie e sociosanitarie nell'attuale scenario emergenziale” e n. 4/2020 con “Indicazioni *ad interim* per la prevenzione e il controllo dell'infezione da Sars-Cov.2 in strutture residenziali sociosanitarie”.

¹³ Così i Rapporti ISS citati rinviano a Raccomandazioni internazionali per la prevenzione della diffusione.

danneggiato una tutela effettiva e più rapida. A parte la previsione di meccanismi conciliativi propedeutici al giudizio (art. 8), il meccanismo risarcitorio della legge è disegnato negli artt. da 9 a 14 – cui per sintesi si rinvia – secondo queste direttrici:

(a) il danneggiato può agire contro la sola struttura o anche contro il solo sanitario o entrambi, ma può (in astratto, vedi *infra*) anche agire *direttamente* nei confronti dell'impresa di assicurazione della responsabilità civile (art. 12) con cui sia la struttura sia il sanitario sono *obbligatoriamente* assicurati (art. 10). Questo meccanismo, per quanto riguarda l'azione diretta sul tipo della R.C.Auto, non è tuttavia ancora operante perché condizionato alla emanazione di un D.M. (comma 6 dell'art. 10) che, previe intese con i diversi soggetti e ordini professionali interessati, definisca le polizze-tipo, i massimali di garanzia, la gestione dei fondi etc., e la cui adozione è condizione di efficacia della norma sulla azione diretta (art. 12, comma 6)¹⁴; è stata redatta una bozza di D.M., sul quale si sono espresse criticamente alcune categorie coinvolte: il testo è riportato tra gli allegati;

(b) se il danneggiato abbia ottenuto soddisfazione nei confronti della sola struttura [*o della compagnia di assicurazione di quest'ultima, ipotesi non operante v sub a*]), è possibile l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria in base all'art. 9 della legge Gelli-Bianco n. 24/2017, soggetta tuttavia a diverse limitazioni (a tutela del sanitario);

(c) la disciplina innovativa della rivalsa distingue tra strutture pubbliche – e medici cd. strutturati del SSN – e private. Per le prime, il giudizio di rivalsa si colloca all'interno della giurisdizione contabile; per le seconde la rivalsa verso i medici dipendenti impegna l'AGO (art. 9, co. 5 e 6); detta rivalsa incontra significativi limiti qualitativi e quantitativi: presuppone un titolo giudiziale (anche non definitivo, ma esecutivo) o stragiudiziale (transazione) di responsabilità *della struttura*, ovviamente; è esercitabile soltanto in presenza di dolo o colpa grave del sanitario; nel comparto pubblico, è ulteriormente limitata – elemento che sembra qui significativo – nelle ipotesi di “situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria pubblica”, ed incontra limiti di importo (triplo del reddito dell'anno di riferimento); la rivalsa della struttura privata a sua volta incontra un doppio limite, del dolo o colpa grave e di tetti di importo (art. 9, co. 6)¹⁵ nel comparto della libera professione. Le medesime condizioni e limitazioni valgono se ad agire in rivalsa (surroga) sia la compagnia condannata al risarcimento;

(d) se l'azione di danno è svolta nei riguardi della sola struttura sanitaria, la rivalsa non può essere esercitata nel medesimo giudizio per così dire principale, a meno che il sanitario non sia stato citato *ex se* dal paziente/danneggiato o non sia intervenuto volontariamente in causa. Pertanto, è da escludere che il medico possa essere chiamato in garanzia per comunanza di cause, *ex art. 106 c.p.c.*, anche se ai soli fini di estendergli la portata soggettiva del futuro giudicato e pur senza proporre contestuale domanda di garanzia, giacché la *ratio* dell'art. 9 individua un vero e proprio nesso di consequenzialità non solo logico-giuridico, ma anche e soprattutto temporale tra azioni, tale da imporre una ineludibile diacronia dei due giudizi. È pure da escludersi, per le stesse ragioni, una chiamata in giudizio del medico introdotta su base contrattuale da parte della struttura, che allegghi

¹⁴ Talune pronunce giurisprudenziali di merito dicono applicabili alcuni aspetti processuali della disciplina, ad es. affermano il litisconsorzio con le Compagnie in sede di accertamento preventivo e di mediazione. Tuttavia il testo univoco dell'art. 12 esclude che oggi sia possibile applicare il sistema di azione diretta verso l'assicuratore così congegnato nella sua portata sostanziale.

¹⁵ La rivalsa è integrale per i medici in regime di libera professione (art. 9, co. 6 e art. 10, co. 2).

in giudizio l'esistenza di un eventuale patto (nullo, v. sopra) di manleva inserito nel contratto di lavoro o di collaborazione;

(e) la disciplina in discorso sembra infine mostrare una lacuna per l'ipotesi, che evidentemente nel sistema di assicurazione così congegnato è stata considerata residuale, di una azione risarcitoria del paziente/danneggiato esclusivamente rivolta verso il sanitario, a titolo extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.; in questo caso, se sussistesse una responsabilità concorrente della struttura, al medico non è dato utilizzare strumenti di rivalsa, potendo agire *ex art.* 2041 c.c. per la ripetizione dell'esborso (per es. se il medico abbia agito con colpa lieve) o per la differenza tra l'esborso e il "tetto" esigibile a suo carico in sede di rivalsa.

9. Posto il quadro così delineato del sistema vigente, si esaminano le proposte modificative conosciute. Fonte dei testi è il sito del Senato, *iter* del d.d.l. 1766/S/XVIII, in: http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/52873_testi.htm

9.1. Emendamenti 1.1, Salvini e altri, 1.2 e 1.1000/1, Quagliariello e altri, 1.1000/16, Nastri [tra loro conformi]:

«Art. 1-bis. (Responsabilità datori di lavoro operatori sanitari e sociosanitari)

1. Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, nonché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare.

2. Dei danni accertati in relazione alle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall'insufficienza o inadeguatezza dei dispositivi di protezione individuale, risponde civilmente il solo ente di appartenenza del soggetto operante ferme restando, in caso di dolo, le responsabilità individuali.»

La proposta presenta criticità: guarda ai "datori di lavoro", quindi ai titolari delle strutture, e – con formula di non agevole concretizzazione – ai "soggetti preposti alla gestione della crisi" (termine non univoco; esso sembra riferibile agli organi di direzione amministrativa nonché eventualmente, ma problematicamente, anche agli organi istituzionali, cui va "la gestione della crisi" sanitaria: Ministero della salute, ISS, Protezione civile? Ma dallo spirito della disposizione e dalla rubrica sembrerebbe voler fare riferimento al personale sanitario/infermieristico, tuttavia non utilizzando la più riconoscibile formula degli esercenti le professioni sanitarie) per i quali propone uno "scudo" protettivo da qualsiasi tipo di responsabilità, attraverso una causa di giustificazione che evoca lo stato di necessità¹⁶ e che prescinde però dall'esercizio dell'attività in modo conforme ai protocolli e alle linee guida (dettate da quegli stessi organi pubblici di cui sopra). La clausola di esonero totale propone qualche dubbio di conformità costituzionale, in sostanza restringendo al dolo la possibile responsabilità, ed è del tutto sfumata la apparente specificativa delle modalità "non

¹⁶ Stato di necessità che la giurisprudenza in materia ha sempre visto difficilmente applicabile rispetto al contesto dell'attività sanitaria nel suo complesso, v. Cass., n. 13919/2016 sull'art. 2045 c.c.; tra l'altro, l'esonero previsto dal codice secondo detta norma lascerebbe aperta la corresponsione di una indennità da stabilirsi in via giudiziale.

sempre conformi, che in sede di giudizio sembra porre insormontabili difficoltà interpretative, non essendo chiaro se quella componente diacronica debba riguardare la valutazione della condotta del singolo soggetto, o “quote” dell’agire complessivo e in quali termini. Incentrando poi la responsabilità sugli enti di appartenenza (co. 2) del soggetto operante, sembra istituire una contraddizione interna là dove all’esonero del “datore” o “gestore” si contrappone la piena ed esclusiva responsabilità civile dell’ente, il quale agisce attraverso i suoi organi di direzione. L’accertamento dei danni di cui al comma 2 sembra evocare una preclusione alla proponibilità di domande che non siano rivolte verso la sola struttura come tale. Infine, e soprattutto, la formula del comma 1 si traduce in pregiudizio per gli stessi sanitari che abbiano contratto l’infezione nell’esercizio della professione.

9.2. Emendamento 1.1000/58, Boldrini e altri:

"Art. 16-bis

1. Le condotte attive e omissive dei datori di lavoro, pubblici e privati, degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori socio sanitari impiegati nell’ambito o a causa della gestione dell’emergenza COVID-19, che abbiano cagionato danni agli stessi professionisti ed operatori, non determinano responsabilità, né personale né solidale, di ordine penale, civile e amministrativo-contabile, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non pienamente conformi ai migliori standard di sicurezza, la continuità dell’assistenza sanitaria indifferibile in regime ospedaliero, in regime ambulatoriale e domiciliare o in altro luogo comunque autorizzato, durante la fase emergenziale, alla prestazione di attività di cura e assistenza.

2. Gli eventi dannosi causati agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori socio-sanitari dalle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall’insufficiente o inadeguata fornitura dei dispositivi di protezione individuale, possono essere imputati a titolo di responsabilità civile soltanto alla struttura sanitaria o socio-sanitaria.

3. È limitata ai soli casi di dolo o colpa grave la responsabilità civile, penale e amministrativo-contabile dei titolari di organi di indirizzo o di gestione che, nel corso dell’emergenza sanitaria in atto, nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali, anche normative od amministrative, abbiano adottato ordinanze, direttive, circolari, raccomandazioni, pareri, atti o provvedimenti comunque denominati, la cui concreta attuazione, da parte delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, degli esercenti le professioni sanitarie, degli enti preposti alla gestione dell’emergenza o di altri soggetti pubblici o privati tenuti a darvi esecuzione, abbia cagionato danni a terzi.

4. La valutazione della gravità della colpa, nelle ipotesi di cui al comma 3, è operata anche in considerazione della eccezionalità e novità dell’emergenza, dei vincoli di spesa previsti a legislazione vigente in materia di servizio sanitario nazionale e della difficoltà di reperire tempestivamente dispositivi medici e di protezione individuale sul mercato nazionale ed internazionale"».

In questa formulazione il rilievo centrale che deve farsi è quello della assenza di qualsiasi riferimento alla casistica del danno a terzi, cioè ai pazienti, che dovrebbe essere invece il *focus* della innovazione normativa. Il co. 1 infatti prende in considerazione soltanto i danni subiti da “professionisti ed operatori” per effetto delle condotte di soggetti delle medesime categorie nonché degli organi di gestione delle strutture: in sostanza, i danni patiti da medici ed infermieri. Inoltre, lo fa con una previsione che è in parte antitetica rispetto alla finalità *lato sensu* protettiva della categoria dei sanitari impegnati nell’emergenza Covid-19, sottraendo direttori e/o sanitari alle eventuali responsabilità che nei singoli casi fossero ravvisabili per avere messo in pericolo e pregiudicato la

salute dei colleghi. Quindi, non solo non si allinea alla funzione di “scudo” ma sembra essere di segno complessivamente opposto. Questa criticità si stempera nel co. 2, che indirizza in via esclusiva verso la struttura come tale e non verso i suoi singoli organi o dipendenti il titolo di responsabilità per le condotte in discorso; da questo punto di vista, la *ratio* è assimilabile a quella della proposta *sub* 9.1.

Il co. 3 “apre” un profilo nuovo e diverso: attraverso una disposizione onnicomprensiva di delimitazione al dolo e alla colpa grave, accomuna attività diverse ed eterogenee: l’adozione di atti di carattere normativo generale e astratto (ordinanze, circolari, direttive), come pure quella di atti di amministrazione singoli e specifici, predicando l’assenza di responsabilità secondo un meccanismo per così dire di “autore mediato”, nel senso che se dall’*osservanza* di tali atti generali ovvero dall’*attuazione* degli atti particolari sia derivato qualche pregiudizio, l’imputazione causale del danno all’autore iniziale incontra il limite della colpa grave. Evidentemente la previsione è rivolta, in questo caso, a fornire un riparo a favore dei diversi soggetti titolari posizioni di direzione e di indirizzo che, nella congerie di competenze differenziate, abbiano in qualche modo orientato l’azione concreta sia delle strutture sia dei sanitari. La previsione va coordinata con la sorte, in termini di responsabilità, dell’“autore mediato” cioè del titolare “preposto alla gestione” dell’emergenza (destinatario delle regole di cui alle direttive, circolari etc.) ovvero del sanitario/operatore destinatario dell’atto di amministrazione e gestione puntuale, che a sua volta *non* è destinatario di una qualche garanzia specifica per quanto riguarda il danno a terzi, ai pazienti.

Da questo punto di vista, la disposizione punta a fornire una posizione di garanzia verso l’alto, per così dire: guarda agli organi titolari di potestà normative o di indirizzo, dunque, se ben si intende, alle amministrazioni, statale (Ministero della salute, ISS, Dipartimento della protezione civile) e regionali, agli organi anche tecnici abilitati alla adozione di direttive sanitarie (come quelli di cui all’elenco nazionale degli organismi *ex art.* 5 l. n. 24/2017). È difficile dire oggi se una previsione di questo tipo possa avere spazio applicativo ed utilità pratica in prospettiva: la posizione di attività di normazione secondaria o di indirizzo, in un contesto emergenziale nel quale difettano cognizioni convalidate sul piano terapeutico, fa sì che le misure precauzionali o di indirizzo di cui si tratta – a loro volta basate sulle competenze ordinarie ovvero sulle attribuzioni conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza – riguardino piuttosto la gestione della crisi sul piano delle scelte “a monte” (dislocazione e trasferimento dei pazienti, indirizzi di pre-triage e di controlli domiciliari, istituzione di strutture temporanee di ingresso, dotazione di risorse materiali, assegnazione di personale sanitario, indicazioni sui presidi di protezione etc.), laddove l’attività sanitaria propriamente detta attua protocolli che, come accennato, non sono di per sé soli di “particolare difficoltà” ma che lo divengono per la sproporzione tra entità dell’epidemia e risorse del sistema sanitario, come i limiti di accoglienza e come la limitata disponibilità di posti in reparti di terapia intensiva nonché delle apparecchiature inerenti.

L’“ombrello” protettivo di cui si tratta non è riconducibile a un titolo di tipo contrattuale, evidentemente, non sussistendo una relazione negoziale o da contatto sociale tra organi che pongono direttive generali e singoli pazienti o danneggiati¹⁷; potrebbe avere significato e concreta

¹⁷ Neppure sembra possibile configurare una forma di responsabilità da atto lecito per mancata o inadeguata trasposizione in norme (nella specie, secondarie e di indirizzo) di preesistenti obblighi dello Stato nascenti da vincoli di carattere sovranazionale, come è avvenuto ad es. nella vicenda della mancata attuazione delle direttive comunitarie relative ai medici specializzandi; vicenda nella quale la giurisprudenza ha individuato appunto una forma di responsabilità dello Stato ricondotta alla polarità contrattuale, sia pure *sui generis*,

applicazione una volta che le misure che si intende introdurre creino a loro volta una franchigia per coloro che mettono in atto le direttive, circolari etc., cioè le singole strutture e il personale sanitario, ciò che porterebbe i titolari di azioni risarcitorie ad alzare il tiro e a individuare la relazione causale con il proprio pregiudizio appunto nelle linee generali anziché nella condotta del singolo operatore o della singola struttura che si siano attenuti a dette indicazioni generali; in questo senso, un precedente al quale può farsi riferimento è la vicenda del danno per infezioni HIV e HCV da emotrasfusioni, la cui conclusione in termini di definizione delle responsabilità ha visto il Ministero della salute quale ente responsabile, secondo la clausola generale dell'art. 2043 c.c., per *omissione* della vigilanza sul circuito e sui controlli degli emoderivati¹⁸.

In quel caso tuttavia la responsabilità dell'amministrazione centrale è stata affermata (per colpa) in relazione a un profilo, essenziale, di *prevedibilità* degli eventi di danno, rapportata al grado delle cognizioni scientifiche del periodo quanto alla trasmissione, analoga, dell'epatite B. Una prevedibilità che nella vicenda Covid-19 non sembra ravvisabile e che neppure può attingere gli aspetti organizzativi/strumentali che si accompagnano all'attività sanitaria. L'impatto della diffusività del virus e la portata numerica della emergenza sembrano quindi escludere, di per sé, addebiti di negligenza qualificata verso i titolari delle competenze generali di indirizzo; e, se non si può escludere *a priori* che qualcuna delle indicazioni appunto di indirizzo possa avere espresso un approccio per es. imprudente [si pensi alle dissonanti scelte di alcuni governatori regionali in tema di aperture di esercizi ed attività, di regole di comportamento sociale], ciò avrebbe rilievo essenzialmente al di fuori o prima del contesto sanitario, ossia con riguardo alle misure preventive antecedenti rispetto alle condotte dei sanitari.

È da tenere presente che gran parte delle misure di indirizzo in materia di igiene e sanità pubblica, rivolte a operatori, utenti, Aziende sanitarie, Enti pubblici e strutture private accreditate del SSN sono adottate dal Ministero o dalle Regioni in forza della legge n. 833/1978 (art. 32)¹⁹ e, in particolare, numerose sono state adottate *d'intesa* tra Stato e Regioni interessate; a queste misure si sono accompagnate disposizioni (ordinanze), non strettamente "sanitarie" ma interferenti con esse, della Protezione civile²⁰.

Infine, il co. 4, che secondo uno schema comune a pressoché tutte le ipotesi emendative delimita la responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, nell'inserire le componenti della eccezionalità di

mancando un "illecito", e con conseguenze di carattere indennitario piuttosto che risarcitorio (Cass., nn. 10813/2011, n. 23577/2011).

¹⁸ Cass., S.U., n. 576/2008.

¹⁹ Art. 32: "Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale."

²⁰ Ordinanze M. Salute e Regioni Lombardia e Veneto 21 e 22.2.2020; Emilia-Romagna, F.-V.G., Lombardia, Piemonte e Veneto 23.2.2020; Liguria 24.2.2020; Ordinanze del Capo Dipartimento della protezione civile nn. 630, 631, 633, 635, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643 emesse tra febbraio e marzo 2020. Inoltre, Il Ministero della Salute ha approvato schemi di ordinanza da adottare da parte delle Regioni non interessate dal *cluster*.

contesto e dei limiti di spesa e di risorse tra gli elementi di valutazione del grado di colpa, ai – limitati – fini dell’esonero in favore degli organi di normazione e di indirizzo di cui sopra, oltre a introdurre componenti delle quali certamente in sede giudiziale si dovrebbe tenere conto nell’accertare la colpa, finisce per rendere essenzialmente evanescente una possibile affermazione di responsabilità.

Se poi la previsione intende regolare l’ipotesi in cui un soggetto o una struttura, chiamati a risarcire danni, deducano a giustificazione della condotta in concreto tenuta il rispetto puntuale delle prescrizioni o delle linee di indirizzo date attraverso i provvedimenti generali o particolari di cui si discute, essa sembra di scarsa utilità pratica; da un lato è già nel sistema, come detto, il canone di selezione della colpa professionale misurato secondo il rispetto di Raccomandazioni, linee-guida etc., dall’altro difficilmente una domanda risarcitoria specifica verso un soggetto o una struttura potrebbe estendersi, su domanda dell’attore o per chiamata del convenuto, ai titolari delle competenze normative o di indirizzo. Il giudice dovrà considerare se sussistono tali linee o meno e se esse sono correlate alla specificità del caso, per definire se illecito civile vi sia, non anche sindacare la condotta “a monte” di chi abbia approvato i presupposti *lato sensu* normativi della condotta “a valle”, unica oggetto della causa.

9.3. Emendamento 13.2 (Mallegni, Siclari):

«1-bis. 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».

Riguarda solo il profilo penale e dunque eccede il tema del presente appunto. Si può solo notare che la indicazione finalistica (lo “scopo di salvaguardare la vita o l’integrità del paziente”) appare superflua, questo essendo il senso della professione sanitaria, e che indisponibilità di mezzi o condizione di urgenza sono componenti possibili sempre, anche al di fuori della dimensione dell’epidemia, che ne accentua l’incidenza. Dubbia infine sembra l’esclusione *a priori* della punibilità per imperizia, che tra l’altro non appare definito in relazione a terapie e assistenza “da Covid”: la portata della disposizione non sembra cioè istituire un nesso, né diretto né indiretto o di occasione, tra condotta ed epidemia; in teoria, potrebbe valere per qualsiasi intervento di *routine* in qualsiasi territorio e senza interrelazioni effettive con l’emergenza.

9.4. Emendamento 13.2 (testo 2), Bernini e altri:

«1-bis. 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 prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale.»

Per la formulazione del comma 1.ter sulla responsabilità penale valgono, *mutatis mutandis*, le notazioni per l'em. 13.2. (par. 9.3) e per il comma 1-quater quelle svolte per l'em. 1/1000/58 (par. 9.2). La norma di interesse è il comma 1-bis, circa il quale – ribadita la sostanziale ininfluenza pratica delle condotte “intenzionalmente” mirate a pregiudicare gli altri – si deve ugualmente annotare il carattere anche qui principalmente teorico, ad avviso di chi scrive, delle ipotesi “dolose” in capo ai soggetti in posizione di gestione e di amministrazione²¹; inoltre, anche in questo caso la categoria dell’“evento dannoso” oggetto di regolazione *sui generis* non è predefinito in termini di connessione, occasionalità o altro nesso con l'emergenza, sul piano cioè della relazione tra contesto emergenziale quale dato in concreto e valutazione della condotta, poiché l'unico tratto di correlazione sembra essere quello temporale (“per tutta la *durata* dell'emergenza etc.). Inoltre, in questa proposta l'esonero da responsabilità civile (e contabile per i sanitari dipendenti pubblici) attinge in realtà, secondo la lettera della disposizione, anche la colpa lieve, e la formulazione alternativa (“o”) tra scarsità di mezzi e urgenza finisce per divenire una clausola generale onnicomprensiva, che va a sovrapporsi, per il periodo Covid, a pressoché tutte le regole del sistema della responsabilità civile in campo sanitario, posto che solo per interventi totalmente routinari e quindi estranei alla tematica dell'emergenza, può dirsi mancante l'obiettivo di urgenza di salvaguardare vita e integrità del paziente, e di rado potranno aversi casi di totale “disponibilità di mezzi”, formula a sua volta forse eccessivamente generica. Lo scudo, in breve, appare eccessivamente largo e in parte indefinito.

9.5. Emendamento 13.0.1, Lomuti e altri:

«Art. 13-bis.

(Disposizioni in merito al personale esercente le professioni sanitarie)

1. Gli esercenti le professioni sanitarie possono avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento, in deroga ai limiti di reddito previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, 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.

2. Per i soli procedimenti giudiziari e stragiudiziali relativi ai fatti di cui al comma 1, le azioni di cui all'articolo 9 della legge 8 marzo 2017, n. 24, in deroga alle condizioni ivi previste, possono essere esercitate solo in caso di dolo l'esercente la professione sanitaria. Non si applica l'ultimo

²¹ Anche se su questo versante una maggiore possibilità pratica di classificare come intenzionali – quanto meno nella forma del dolo eventuale – alcune condotte potrebbe ravvisarsi, segnatamente per gli organi di gestione amministrativa delle RSA e delle strutture private accreditate, almeno stando a quanto emerge da notizie dei media in ordine a inchieste avviate appunto in questo ambito e ai contenuti divulgati di alcune captazioni.

periodo del comma 6 del medesimo articolo. 3. In deroga a quanto previsto all'articolo 103, comma 5, del presente decreto, i termini dei procedimenti disciplinari avverso gli esercenti le professioni sanitarie pendenti presso le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente a tale data, sono sospesi per tutto il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

4. Sono sospesi altresì per il medesimo periodo di cui al comma 3 tutti i procedimenti disciplinari pendenti alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente a tale data, presso le commissioni di albo di cui all'articolo 2 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233.e presso la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie. Per il medesimo periodo, è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, incluso quello relativo all'articolo 19 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233.

5. Agli oneri derivanti dal presente articolo pari a 5 milioni di euro per l'anno 2020 si provvede mediante il corrispondente riduzione del Fondo per lo sviluppo e la coesione di cui all'articolo 61, comma 1, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.».

La proposta è diversa dalle altre, si incentra sull'esercizio della difesa in giudizio assegnando a tutto il personale sanitario il diritto al patrocinio a spese dello Stato, come forma indiretta di tutela. Si esprimono perplessità su questa previsione, sia perché non previene di per sé il problema centrale cioè l'esercizio di azioni giudiziali “a tappeto”, limitandosi a riversare sulla finanza pubblica il costo dei processi; sia perché la tutela che si volesse introdurre non avrebbe a suo principale termine di riferimento il costo delle spese di lite, quanto piuttosto gli importi risarcitori; sia ancora perché potrebbero fondatamente sollevarsi dubbi di ragionevolezza intrinseca della norma, che altera finalità e *ratio* del patrocinio per i non abbienti, assimilando a tale ultima categoria una classe professionale del tutto eterogenea.

Il comma 2 propone anch'esso dubbi: si limita – per il riferimento al solo art. 9 della legge n. 24/2017 – a escludere l'azione di rivalsa da parte della struttura, o quella di responsabilità contabile del P.M. c/o la Corte dei conti, verso il medico se non nel caso (scolastico) di dolo del sanitario; ma non vi associa una regolazione dell'azione di danno indirizzata verso il medico, su cui nulla dispone, istituendo in tal modo una disciplina contraddittoria o a scelta del singolo, giacché si ammette il risarcimento secondo i canoni consueti e quindi anche per colpa se è convenuto il sanitario, si nega la rivalsa se vi è colpa.

Infine, non sembra centrale, nella regolazione della questione in esame, la moratoria disciplinare prefigurata negli ulteriori commi, non essendovi tra l'altro un rapporto di reciproca coincidenza né identificazione tra azioni civili e area deontologica.

9.6. Emendamenti 16.2 (testi versioni 1 e 2), Faraone e altri:

“(Responsabilità esercenti professioni sanitarie)

1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie non rispondono civilmente [o per danno erariale, *proposta versione 2*], all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile:

a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona;

b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere.

c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione [*proposta versione 2*].

2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui alla lettera b) vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire, [l'organizzazione delle risorse medesime, la necessità di rimodulazione del sistema di erogazione delle prestazioni ospedaliere, la peculiare attività di professionisti fuori sede estranei all'organizzazione, la necessità di prendere in carico pazienti di altre strutture con percorsi di cura eterogenei e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire, *proposta versione 2*] nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore.

3. Fermo quanto previsto dall'art. 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo capoverso del comma precedente.”

Si possono richiamare alcune considerazioni già svolte: la classe indifferenziata di “tutti gli eventi avversi che si siano verificati” in periodo di emergenza Covid appare eccessivamente larga, comprensiva com'è di evenienze che possono non avere alcuna remota correlazione spaziale e causale con l'emergenza stessa, mentre più stringente e da apprezzare come preferibile è il riferimento a eventi che in quella emergenza vi abbiano “trovato causa”; per il resto, a parte anche qui il caso del dolo, lo scudo di protezione è definito dalla nozione di colpa grave per così dire più ristretta cioè consistente (solo?) nella violazione di principi base o dei protocolli o programmi emergenziali. Sembra cioè che il passo in avanti di questa proposta, rispetto a un sistema che già considera quale elemento di valutazione doverosa da parte del giudice quello della osservanza delle raccomandazioni, linee guida, buone prassi riconosciute etc. (*ex art. 7, co. 3, in relazione all'art. 5, l. n. 24/2017*) sia da individuare nella *restrizione* a queste sole componenti dell'elemento soggettivo dell'illecito, dunque alla sola componente della (mancata) diligenza professionale, escludendo, parrebbe, imprudenza e imperizia dall'orizzonte valutativo. È un punto particolarmente delicato.

Di interesse – e non presente nelle proposte finora viste – è la previsione rivolta ai sanitari che, nell'emergenza, sono stati destinati a mansioni e attività non proprie della specializzazione e della competenza ed esperienza acquisite in precedenza; una previsione che probabilmente sarebbe comunque oggetto di considerazione in sede di giudizio ma che appare in linea di massima opportuna o comunque da considerare, giacché il grado di diligenza che può essere richiesto in concreto al singolo operatore, in funzione della attività che gli è chiesta in quel momento, potrebbe costituire, proprio per lo scarto tra competenza soggettiva e mansione obiettiva, perfino fattore di

aggravamento della responsabilità individuale, per l'obbligo di astensione da attività prive del supporto delle conoscenze ed esperienze professionali necessarie.

La versione "2" sottolinea ulteriormente questa tematica. A misura che amplia la elencazione dei casi, da reputare alternativi tra loro e non cumulativi, che possono assumere rilievo riduttivo o ablativo della responsabilità, restringe corrispondentemente il campo di quest'ultima; anche se poi talune delle singole previsioni sembrano potersi attagliare soltanto a ipotesi corrispondenti e non operare in via generale (per es., i professionisti "fuori sede").

La lettera c) della versione 2, sulla responsabilità degli enti gestori solo se e in quanto vi sia dolo della persona fisica che li rappresenta o amministra, sembra essere una franchigia generalizzata; in pratica, solo se vi sia un illecito penale una responsabilità potrebbe scattare.

Il co. 3 sulla regolazione penale ricalca sostanzialmente i commi 1-ter e 1-quater della proposta 13.2 (sub par. 9.4).

9.7. Emendamento 1.0.4 (testo 2), Marcucci e altri (trasformato in Ordine del giorno)

"(Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19)

1. In ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del COVID-19, in relazione agli eventi dannosi che in essa abbiano trovato causa, la responsabilità civile delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24, è limitata ai casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave.

2. Ai fini del comma 1, si considera colpa grave quella consistente nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza. La valutazione della gravità della colpa è operata tenendo in considerazione anche la situazione organizzativa e logistica della struttura in relazione alla novità ed eccezionalità del contesto emergenziale, al numero di pazienti su cui è necessario intervenire e alla gravità delle loro condizioni, alla disponibilità di attrezzature e di personale, nonché al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore.

3. Per i fatti indicati nell'articolo 590-sexies del codice penale che si siano verificati durante l'emergenza epidemologica di cui al comma 1 o che in essa abbiano trovato causa, la punibilità è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave laddove consista nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo periodo del comma 2."

Dal punto di vista della formulazione appare la proposta in un certo senso più strutturata, tra quelle fin qui esaminate. Accomuna strutture sanitarie del sistema e operatori nella limitazione della responsabilità ai soli casi di (dolo e) colpa grave e, quanto alla colpa, anche in questo caso ne definisce il perimetro attraverso la definizione preventiva di ciò in cui essa consiste, vale a dire nella inosservanza "palese" (locuzione che può dare adito a discussioni) dei protocolli e dei "principi basilari" (ma non è del tutto chiaro se siano qualcosa di meno delle *leges artis*); a loro volta, tali requisiti sono da apprezzare anche qui secondo contesto, come nella proposta 16.2 Faraone già vista (par. 9.6) e quindi in rapporto alle condizioni date.

L'elencazione di dette condizioni in cui si trovano a operare i sanitari è essenzialmente rivolta verso le stesse situazioni delle altre proposte, anche se risulta qua e là parzialmente diversa, per es. non include il rilievo della presa in carico di pazienti di altre strutture e con percorsi di cura eterogenei, ovvero esprime concetti analoghi con formule differenti (cfr. i riferimenti alla situazione organizzativa, che in questa proposta non include esplicitamente la “rimodulazione del sistema di erogazione delle prestazioni ospedaliere” o la “presa in carico di pazienti di altre strutture con percorsi di cura eterogenei” presenti invece nell'em. 16.2 Faraone). Sul punto, peraltro, la compresenza di clausole generali (come l'organizzazione, in genere) e di sub-ipotesi di dettaglio può costituire elemento di controversia interpretativa.

Si esaminano, inoltre, due ulteriori proposte (che non risultano formalizzate nell'*iter* di conversione).

La prima, Errani, è la seguente:

“1. Per il periodo di emergenza legato al contenimento dell'epidemia Covid-19, le attività esercitate e le prestazioni erogate, nell'ambito e ai fini del servizio sanitario nazionale di cui alla L. n. 833/78 e Dlgs n. 502/92 e successive mm. e ii., per le rispettive competenze da Stato, regioni, istituti e agenzie pubblici, dalle aziende sanitarie territoriali ed ospedaliere, dalle aziende o strutture organizzative di supporto ad esse istituite da discipline regionali, dalle istituzioni sanitarie private, accreditate o comunque appositamente ammesse per fronteggiare l'emergenza, nonché dagli esercenti le professioni sanitarie, dai direttori, dai funzionari e dei consulenti che in essi e per essi operano, stabilmente o a qualunque titolo ammessi ad operare nell'emergenza, sono considerate rese nel legittimo adempimento di un dovere, e in condizioni di forza maggiore e di stato di necessità, anche ove rese con mezzi e secondo modalità non sempre conformi ai normali standard di salute e di sicurezza o alle ordinarie procedure sanitarie e amministrative, in quanto giustificate dalla necessità di garantire la continuità dell'assistenza sanitaria, sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare, e dell'attività amministrativa di supporto ad essa. Ciò è riferito sia alle specifiche prestazioni sanitarie e assistenziali dirette al Covid-19, che alla complessiva attività assistenziale e amministrativa che dall'emergenza Covid-19 abbia visto reso anomalo il proprio normale funzionamento.

2. Quanto previsto al comma 1 rileva:

a) ai fini della responsabilità penale, ivi compresa quella degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'art. 6 L. n. 24/2017 e datoriale di cui al Dlgs n. 81/2008, per cui la punibilità è limitata ai soli casi di in cui dovesse essere accertata:

- la condotta volontariamente finalizzate alla lesione;
- la macroscopica, intenzionale ed ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione manageriale, sanitaria, amministrativa e tecnica;

b) ai fini della responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale, comprese le previsioni di cui all'art. 1218 c.c. e di cui all'art. 7 L. 24/2017, per le quali gli estremi di antigiridicità delle condotte sia delle persone giuridiche, che dei direttori, dei funzionari, dei consulenti e degli esercenti le professioni sanitarie sono esclusi, tranne che nelle ipotesi di danno riconducibile a:

- condotta volontariamente finalizzata a provocare un danno, contrattuale od extracontrattuale;

- condotta caratterizzata dalla macroscopica, intenzionale ed ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione manageriale, amministrativa, sanitaria e tecnica;

c) ai fini della responsabilità contabile, per la quale gli estremi di anti giuridicità delle condotte di direttori, funzionari, consulenti ed esercenti le professioni sanitarie, sono esclusi tranne che nelle ipotesi di danno erariale dovuto a:

a) condotta volontariamente finalizzate a provocare il danno;

b) condotte caratterizzate dalla macroscopica, intenzionale e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione manageriale, amministrativa, sanitaria e tecnica.”

In questa proposta, si ravvisa in definitiva la previsione dello “scudo” nella sua più ampia e unitaria estensione, in quanto, (a) senza istituire differenziazioni categoriali (*manager* delle ASL o soggetti gestori delle strutture; operatori sanitari in senso stretto; titolari delle funzioni connesse e collaterali, di supporto, consulenza etc.; strutture pubbliche o private, accreditate o anche “ammesse” indipendentemente dall’accreditamento; amministratori con compiti di direzione o meno), (b) senza differenziare tra attività sanitaria e attività amministrativa, (c) articolando la tutela sia per le prestazioni direttamente riconducibili all’epidemia Covid-19 sia per quelle, diverse, che dall’emergenza sono state in qualche modo condizionate nel loro svolgimento, se ne stabilisce *ex lege* l’attrazione nell’ambito di categorie esimenti. Il rilievo immediato che può farsi, sul punto, a parte la scelta politico-legislativa di accomunare invece di separare in qualche misura i due ambiti (sanitario/di amministrazione) e così di unificare anziché differenziare tra le responsabilità individuali e quelle delle strutture, riguarda la difficile sostenibilità – fonte di questioni, se non di censure di irragionevolezza o contraddittorietà – di una contestuale classificazione “sotto” istituti scriminanti di differente contenuto, come l’adempimento del dovere e lo stato di necessità²² ai quali ulteriormente è aggiunta anche la previsione della “forza maggiore” che invece si colloca sul differente piano del nesso di causalità. Occorrerebbe dunque una più chiara individuazione al riguardo, anche perché la preventiva esclusione legale del nesso causale a ben vedere finisce per rendere superflua ogni altra variante e considerazione: l’assenza del nesso, sia esso con onere probatorio sul debitore danneggiante (contratto) o sul creditore danneggiato (illecito extracontrattuale), preclude a monte qualsiasi iniziativa risarcitoria.

E in tal senso, le successive disposizioni del comma 2, che si ripartisce tra conseguenze penali e civili, non appaiono coordinate con il comma 1, a misura che recuperano in sostanza le prescrizioni limitative del profilo della colpa grosso modo corrispondenti a molte altre formulazioni già esaminate (sintetizzabili nel mancato rispetto dei protocolli, in maniera palese e macroscopica) ma con una indicazione che, una volta che il fatto sia inquadrato nel campo di applicazione del comma 1, sono destinate a rimanere sterili o superflue, appunto perché la considerazione del nesso²³ *precede*

²² Adempimento del dovere che peraltro, in campo civile, non è previsto quale clausola generale di esonero della responsabilità sul tipo della scriminante penale di cui all’art. 51 c.p., non nel sistema contrattuale né in quello aquiliano, nei quali può venire in rilievo come ragione di riduzione o di esclusione della colpa nell’inadempimento contrattuale o di esclusione della anti giuridicità nel torto civile. Lo stato di necessità invece è previsto nel sistema della responsabilità extracontrattuale, art. 2045 c.c., prevedendosi peraltro in tal caso una equa indennità a favore del danneggiato

²³ Tra l’altro, qui unificato nei due ambiti, civile e penale, laddove il criterio di valutazione della sua sussistenza, al di là del comune riferimento all’art. 41 c.p., continua a essere differente: oltre il ragionevole dubbio, nel sistema penale; “più probabile che non”, in quello civile.

ogni altra, risultando perciò difficile ipotizzare che possa entrare in gioco l'apprezzamento della colpa nei termini di cui al comma 2, se non laddove si sia *fuori* dell'area del comma 1.

La seconda, di fonte del Ministero della salute, è la seguente:

“(Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19)

1. In ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del COVID-19, in relazione agli eventi dannosi che in essa hanno trovato causa, la responsabilità civile delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24 è limitata ai casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave.

2. Ai fini del comma 1, si considera colpa grave quella consistente nella palese e ingiustificata violazione delle regole generali di base che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza. La valutazione della gravità della colpa è operata tenendo in considerazione anche la situazione organizzativa e logistica della struttura in relazione alla novità ed eccezionalità del contesto emergenziale, il numero di pazienti su cui è necessario intervenire e la gravità delle loro condizioni, la disponibilità di attrezzature e personale nonché il livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore.

3. Per i fatti indicati nell'articolo 590 *sexies* del codice penale che si siano verificati durante l'emergenza epidemiologica di cui al comma 1 o che in essa abbiano trovato causa, la punibilità è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito nell'ultimo periodo del comma 2.

4. Le condotte attive e omissive dei datori di lavoro, pubblici e privati, degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori socio sanitari impiegati nell'ambito o a causa della gestione dell'emergenza COVID-19, che abbiano cagionato danni agli stessi professionisti ed operatori, non determinano responsabilità, né personale né solidale, di ordine penale, civile e amministrativo-contabile, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non pienamente conformi ai migliori standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile in regime ospedaliero, in regime ambulatoriale e domiciliare o in altro luogo comunque autorizzato, durante la fase emergenziale, alla prestazione di attività di cura e assistenza.

5. Gli eventi dannosi causati agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori socio-sanitari dalle condotte di cui al comma 4, compresi quelli derivanti dall'insufficiente o inadeguata fornitura dei dispositivi di protezione individuale, possono essere imputati a titolo di responsabilità civile soltanto alla struttura sanitaria o socio-sanitaria.

6. È limitata ai soli casi di dolo o colpa grave la responsabilità civile, penale e amministrativo-contabile dei titolari di organi di indirizzo o di gestione che, nel corso dell'emergenza sanitaria in atto, nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, anche normative od amministrative, abbiano adottato ordinanze, direttive, circolari, raccomandazioni, pareri, atti o provvedimenti comunque denominati, la cui concreta attuazione, da parte delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, degli esercenti le professioni sanitarie, degli enti preposti alla gestione dell'emergenza o di altri soggetti pubblici o privati tenuti a darvi esecuzione, abbia cagionato danni a terzi.

7. La valutazione della gravità della colpa, nelle ipotesi di cui al comma 6, è operata anche in considerazione della eccezionalità e novità dell'emergenza, dei vincoli di spesa previsti a legislazione vigente in materia di servizio sanitario nazionale e della difficoltà di reperire tempestivamente dispositivi medici e di protezione individuale sul mercato nazionale ed internazionale.”

La proposta che si esamina per ultima, anche alla luce delle considerazioni fin qui espresse, se in parte riprende elementi già visti, tuttavia appare complessivamente maggiormente coerente al suo interno, in rapporto alle *diverse* finalità che essa intende perseguire.

Il co. 1 definisce il terreno applicativo delle regole che sono poste: riguarda gli eventi che “hanno trovato causa” nell'emergenza sanitaria derivata dall'epidemia Covid-19, formula questa che appare più adeguata, guardando al fattore eziologico, rispetto alla relazione di occasionalità o anche solo di coincidenza temporale che è presente nelle altre proposte.

Anche questa ipotesi, come altre, equipara la responsabilità di strutture e operatori, sotto il segno comune della necessità (del dolo e) della colpa grave. E anche qui la definizione dell'elemento soggettivo è data, nel co. 2, secondo lo schema della equivalenza tra gravità e mancata osservanza del *minimum* di diligenza nell'osservanza dei principi di base o nel mancato rispetto dei programmi e degli indirizzi forniti dalle autorità in materia sanitaria. Come per le altre proposte, questa definizione è rivolta a delimitare il sindacato su questo elemento, su un duplice livello: la colpa è grave se e in quanto attinge il grado della macroscopica, palese divergenza dai criteri praticati e dalle indicazioni date nelle linee e nei protocolli espressi dagli organi competenti (che, in tal modo, vengono ad essere definiti quali parametri vincolanti; indicazione complessivamente conforme all'impianto dell'art. 5 della legge n. 24/2017, ma che in realtà nella contingenza Covid-19 sembra offrire zone di incertezza, quanto a protocolli mirati sulla specifica infezione e anche quanto a completezza delle direttive fornite in termini strettamente clinici, essendo ancora aperta, come è noto, la sperimentazione delle cure e del vaccino, in più direzioni); e la valutazione del requisito della gravità si svolge secondo “contesto”, perché nella considerazione del singolo comportamento entrano in gioco sia le componenti oggettive in cui si trova ad agire l'operatore, sia quelle soggettive di specializzazione e di esperienza, formula questa che sinteticamente include evidentemente anche l'ipotesi della destinazione del personale a compiti non congruenti con la professionalità acquisita, che variamente è stata messa in atto con trasferimenti e reclutamenti ad hoc nel periodo della crisi.

Il co. 3 assimila la disciplina civile a quella del reato *ex art. 590-sexies* c.p., e utilizza i medesimi indici identificativi della colpa e della sua gravità. Desta perplessità, in termini di tassatività della fattispecie, la previsione della suddetta limitazione per i fatti verificati (anche solamente) “durante” l'emergenza epidemiologica, ciò che, come accennato anche per altre proposte, sottrae a punibilità evenienze e condotte che possono non avere alcun rapporto neanche indiretto con lo stato di emergenza sanitaria, che, ancorché dichiarato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 in ambito nazionale, non ha comunque certamente attinto il servizio sanitario in modo uniforme.

Un punto delicato è poi quello che concerne la responsabilità per danni alla salute subiti dal personale sanitario, oggetto di separata regolazione nel co. 4. Appare condivisibile la premessa, che non si ravvisa con chiarezza nelle altre proposte, di scindere le azioni di danno dei terzi *contro* i sanitari da quelle contro le strutture *a favore* dei sanitari stessi, che come è noto hanno in molti casi subito pregiudizi alla salute, fino al decesso; e ad avviso di chi scrive la disciplina posta corrisponde a ragionevolezza, in rapporto al più elevato coefficiente di rischio ch'essi hanno dovuto affrontare nello svolgimento di una prestazione lavorativa. La scelta in questo ambito è peraltro rivolta verso una sola direzione: la responsabilità per il pregiudizio patito dall'operatore sanitario

va fatta valere solo contro la struttura nel cui ambito egli opera (co. 5), anche in caso di lamentata insufficienza dei DPI, non contro i soggetti datori di lavoro o altrimenti gestori e neppure contro i colleghi di lavoro (cfr. il testo del comma 4, prima parte). Tali soggetti fruiscono di una “franchigia” generale e – nel contesto Covid-19 – sostanzialmente piena, poiché l’esclusione della loro responsabilità, si noti anche legata a nesso di sola occasionalità con l’emergenza epidemiologica²⁴, è affermata quando le relative condotte, attive od omissive, abbiano avuto di mira la continuità dell’assistenza sanitaria indifferibile, in ogni possibile ambito (ospedaliero, ambulatoriale, domiciliare), cioè l’obiettivo che si può dire essenziale per ogni soggetto del sistema sanitario, che non tollera interruzioni, tanto meno in fase di emergenza. Franchigia, inoltre, accentuata anche dalla ulteriore specificazione secondo cui la copertura data dalla finalità assistenziale e di cura opera anche se, nel suo svolgimento, quell’obiettivo sia stato perseguito con “mezzi e modalità non pienamente conformi ai migliori standard di sicurezza”; formula questa che appare d’altra parte vaga per il connotato “quantitativo”, fonte di incertezza (in quale misura? E di contro, con quali criteri possono essere classificati taluni *standard* di sicurezza come “migliori”?, giudizio di relazione che apre a ulteriori controversie).

I commi 6 e 7 a loro volta riprendono la disciplina di esonero dalle responsabilità a monte, ossia riferibili alle attività di regolazione e di indirizzo, generale o particolare. La previsione appare strutturata in forma più puntuale rispetto ad altre analoghe già considerate più sopra, in specie per il richiamo, nel comma 7, a circostanze concrete attinenti alla fase di programmazione e organizzazione dell’emergenza, anche qui in considerazione del contesto che, per questa parte, riguarda risorse materiali, approvvigionamento di strumenti protettivi, limiti di spesa disponibile.

Da ultimo, si registra un disallineamento nella disciplina penale, là dove, mentre per i fatti di omicidio o lesioni colpose da attività sanitaria che si siano verificati durante l’emergenza epidemiologica o che in essa abbiano trovato causa, la punibilità per il reato *ex art. 590-sexies* c.p. è comunque predicata, anche se limitata ai soli casi di colpa grave (come *ivi* contestualmente definita), per i medesimi fatti che però vedano quali soggetti passivi altri operatori, medici, infermieri, la regola è la non punibilità²⁵, solo condizionata alla finalizzazione della condotta, ancorché lesiva per taluno, alla continuità dell’assistenza, cioè in sostanza alla normalità intrinseca dell’operato di chi svolge la professione in ambito sanitario. È quindi da valutare se questa differenziazione sotto il profilo della tutela penale di fatti strutturalmente analoghi possa giustificare una soluzione così divergente, in cui inoltre l’esenzione da responsabilità a tutto campo e anche penale, che sembra costruita quale condizione negativa (non è punibile purché), è imperniata su un aspetto interiore, di mera intenzione, quale quello della finalità di cura e assistenza che, si ripete, è l’*in sé* della professione sanitaria.

Considerazioni finali

A chiusura della rassegna, si espongono problematicamente alcune osservazioni generali e anche taluni spunti di possibile sviluppo, nell’obiettivo di complessiva tutela del personale sanitario e in

²⁴ Come si ricava dalla formula: “le condotte attive ed omissive ... [dei soggetti] impiegati *nell’ambito o a causa* della gestione dell’emergenza” etc.

²⁵ Infatti, in linea di principio “Le condotte attive e omissive dei datori di lavoro” etc., “che abbiano cagionato danni agli stessi professionisti ed operatori, non determinano responsabilità, né personale né solidale, di ordine penale ...”.

molti casi della intera compagine organica del comparto sanità (enti pubblici, gestori, amministratori, direttori) quale sotteso alle diverse proposte.

- sembra da valutare sul piano delle categorie giuridiche generali l'assimilazione²⁶ che nella maggior parte delle proposte viene operata tra le figure della responsabilità contrattuale, che fa capo alle strutture, e quella aquiliana, che riguarda la condotta dei singoli operatori e, nell'ambito di questa scelta, la connessa opzione generalizzata per una ridefinizione – con le molte varianti viste – della colpa²⁷.

Si osserva che se da un lato è vero che non sarebbe opportuno uno sbilanciamento dell'elemento soggettivo tra le due aree, nelle quali ormai normativamente (dopo la legge Gelli-Bianco) si collocano rispettivamente il titolo negoziale tra struttura e paziente e quello tra medico e paziente, è pure vero che nel regolare il connotato di "gravità" della colpa si è prescelta una strada forse più semplice ma che, per il rapporto contrattuale tra struttura e danneggiato (che è quello che ad avviso dello scrivente è centrale perché è su esso che si focalizza l'attenzione), opera sul piano della disciplina dell'adempimento secondo la diligenza richiesta (art. 1176, secondo comma, c.c.; art. 2236 c.c.), quindi su quello della perizia richiesta in rapporto all'esercizio della professione medica e alla osservanza delle *leges artis*. Ma, come accennato, la prestazione sanitaria non riveste, nell'epidemia, di per sé e in generale aspetti di "speciale difficoltà" quanto alla capacità professionale e al grado di competenza e di esperienza tecnica, perché investe principalmente una diversa (non meno incidente) difficoltà, quella della palese sproporzione tra possibilità di cura e di assistenza efficace e "impatto" dell'eccezionale aggressione del virus stanti il numero di pazienti/le risorse materiali e strumentali reperibili/la disponibilità di locali idonei e di aree di terapia intensiva etc., e ciò nell'intera linea emergenziale che va dalla cura ed assistenza domiciliare a quella della fase di *triage* fino all'inserimento nella struttura e a quello del percorso di terapia intensiva. Lo rendono più chiaro i contenuti stessi dei protocolli precauzionali finora emessi, incentrati sulle misure di protezione e su percorsi clinici non particolarmente dissimili da quelli valevoli per altre malattie infettive, e, in qualche modo, anche le proposte normative qui in discorso, che infatti valorizzano, sempre in termini di valutazione della colpa, per l'appunto su questi aspetti "oggettivi".

Ci si chiede così se la sede in cui collocare questi aspetti, nel rapporto contrattuale tra struttura e paziente/danneggiato, attesi i connotati che vengono in rilievo, non sia più propriamente quella della imputazione di responsabilità, ossia quella dell'art. 1218 c.c., apprezzando tutti quegli stessi fattori (pandemia aggressiva, limitate risorse, numero eccezionale di pazienti etc.) come ragione di "impossibilità della prestazione" derivante da causa non imputabile al debitore. È stato anche notato del resto che, una volta che si muova dal punto di partenza della mancanza di una difficoltà particolare in termini di *perizia* professionale, e che una volta che si consideri invece la straordinarietà del contesto in cui si trovi a svolgere l'attività, con l'accento sul contenuto della prestazione in questi termini, anziché sulla responsabilità imputabile, la ridefinizione della colpa grave nei termini via via esaminati (a) può rivelarsi un'"arma spuntata" (per il creditore) a misura che risulti difficile pensare a una violazione macroscopica dei protocolli o dei principi base della professione appunto in presenza in interventi di cura eccezionalmente affannosi ma non di livello tecnico particolare, e allo stesso tempo può rivelarsi una previsione insufficiente (nell'ottica di garanzia per il debitore), perché una volta apprezzate tutte quelle condizioni nel campo della

²⁶ Cha alcuni commentatori considerano impropria.

²⁷ L'ipotesi del dolo, ovvia, non ha pratico interesse.

diligenza/perizia soggettiva, non se ne potrebbe fare utilizzo in sede di obiettiva impossibilità della prestazione derivata appunto da questi fattori esterni.

Si è pertanto ipotizzata²⁸ una clausola normativa generale che qualifichi quale causa non imputabile *ex art.* 1218 c.c. quegli stessi fattori che nella maggior parte delle proposte sono invece collocate sul terreno della colpa per imperizia: sproporzione risorse/pazienti, contesto deficitario di mezzi etc.

Si nota ad ogni modo che, sebbene i rilievi appena esposti abbiano base sistematica nel diverso modo di conformarsi delle due responsabilità, probabilmente l'intervento comune sul requisito della colpa vale a prevenire disarmonie applicative che potrebbero aversi, a vantaggio delle strutture rispetto ai singoli sanitari, non potendo evidentemente operare la norma dell'*art.* 1218 c.c. nel campo dell'illecito extracontrattuale. Con un risultato, quindi, più consona all'obiettivo, di affrancare in una certa misura i singoli, più che le strutture, da aggressioni in sede giudiziaria.

- Optando allora per la linea espressa dalla gran parte delle proposte, di elevare la soglia della colpevolezza, sembra allora opportuna una operazione diacronica: nel rendere simmetrico, per così dire, il grado di colpevolezza collocato al livello della necessaria gravità (con una sorta di estensione generalizzata dell'*art.* 2236 c.c. alle diverse attività implicate), sia per singoli e strutture e sia per l'uniformazione tra area civile e area penale²⁹, è al contempo necessario parametrare la gravità (comune) su elementi indicatori e di valutazione differenti, per ciascuna delle tre aree di possibile responsabilità: quella dei singoli sanitari, quella delle strutture pubbliche o private preposte alla gestione dell'attività sanitaria e quella dei "decisionari" che pongono le linee-guida, le Raccomandazioni, Circolari, Ordinanze etc.; in questo senso, la proposta esaminata per ultimo appare preferibile, in quanto appunto assegna a ciascuna di queste tre componenti i criteri suoi propri.

Pure opportuna, se non necessaria, appare una sub-distinzione interna alla categoria dei danneggiati, tra i pazienti in genere e gli stessi operatori sanitari, legati da rapporto di prestazione lavorativa con i datori, i quali sono a loro volta tenuti a garantire il rispetto di condizioni di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. e secondo la disciplina del d.lgs. n. 81/2008. Si muove in questa direzione la previsione dell'ultima proposta, co. 4, che stabilisce che l'esigenza della continuità della cura e assistenza fa premio sulla rigorosa osservanza delle misure precauzionali o protettive, giacché la prima non tollera interruzioni. Probabilmente questa scelta, complessivamente condivisibile anche se forse suscettibile di ulteriori calibrature a seconda della *natura* delle strutture interessate, richiederebbe ulteriori addentellati in tema di rivalsa INAIL, per gli indennizzi da infortuni causati da misure connesse all'emergenza (sul se, quale ulteriore tutela dei gestori, o sul quanto).

- Per quanto tecnicamente disagiata, è forse anche da considerare la opportunità di una differenziazione all'interno della vasta categoria delle strutture coinvolte, che vede accomunate nella disciplina di favore realtà tra loro non tutte omogenee: ospedali pubblici, enti ospedalieri privati equiparati, cliniche, strutture di ricovero e cura, di accoglienza e di assistenza, a loro volta articolate

²⁸ Scoditti, *Questione giustizia* del 10 aprile 2020.

²⁹ L'omogeneità tra sede penale e sede civile quanto al grado della colpa appare elemento di unificazione che stempera opportunamente sul piano pratico le differenze dei criteri di giudizio delle due sedi, in particolare in ordine alle regole probatorie in tema di nesso eziologico tra condotta ed evento di danno, posto che la sede civile adotta il criterio causale del "più probabile che non" e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica. Si v. del resto il problema del giudizio di rinvio dalla sede penale a seguito di pronuncia di estinzione del reato, oggetto di Cass., n. 15859/2019, n. 16916/2019.

tra pubbliche, convenzionate nel servizio nazionale, private (RSA); cui si aggiungono ulteriori strutture dettate dall'emergenza (aree temporanee *ex art. 4, d.l. n. 18/2020*), messe in campo dalle Regioni. Sul punto, si ricorda che lo svolgimento delle funzioni di assistenza e cura, da parte dei soggetti accreditati *ex art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992*, sono quelle stesse delle SSN, e che si realizza per questa via, seppure su base concessoria, un rapporto di servizio in senso lato, cioè un rapporto di servizio che prescinde dall'organico inserimento del soggetto nella P.A., ma che ha l'essenziale caratteristica dello svolgimento di funzioni pubbliche, con le connesse responsabilità contabili per danno erariale.

- L'utilizzo di clausole di esenzione da responsabilità impostate su "scriminanti" generali, come l'adempimento del dovere o lo stato di necessità, non sembra invece una strada utile, sotto più profili; su un versante, perché finisce per dare copertura indiscriminata a tutta una serie di condotte che invece sembrano passibili di differenziazione: ci si riferisce, ad es., alla differente gamma di impegno che fa capo alle strutture ospedaliere, ai presidi territoriali, alle strutture residenziali di assistenza, e, sul piano gestionale, alla diversità di margini di operatività e di prevenzione del rischio che a ciascuna di queste strutture pare riferibile; su un altro versante, perché in termini di valenza "politica" e di immagine di carattere intuitivo, una copertura sotto l'ombrello di queste esimenti appare presupporre una generalizzata commissione di illeciti, contrattuali o aquiliani; e su un terzo versante, perché a ben vedere lo schema dello stato di necessità³⁰ entrerebbe in frizione con la fase assai delicata del *triage* e delle scelte di fondo, giacché non risolve il punto centrale: chi debba essere preferito nella condotta del sanitario che sacrifica gli interessi dell'uno a vantaggio dell'altro.

- Ad avviso di chi scrive, un percorso di distinzione ragionevole tra la responsabilità delle strutture e quella dei singoli operatori è maggiormente idoneo in funzione della finalità di fornire uno "scudo" che sia compatibile con il mantenimento di una coerenza con i principi della responsabilità civile, che non può essere azzerata; né possono in via generale e astratta considerarsi irrilevanti *a priori* pregiudizi subiti da soggetti che non hanno ragione di essere privati di una forma di soddisfazione del torto (si pensi a taluni casi di decesso in strutture residenziali per anziani; ma anche all'infezione "endonosocomiale" contratta da soggetti che non avrebbero avuto occasione di rischio infettivo se non per coincidenza temporale o spaziale con altri percorsi terapeutici di tipo diverso).

In questa linea, sembrerebbe possibile incentrare la responsabilità per gli eventi di danno originati in occasione o a causa della gestione sanitaria dell'epidemia Covid-19 sui soggetti-strutture come tali, con vantaggio probatorio per i danneggiati e con il corrispondente affrancamento delle persone degli esercenti sanitari da iniziative giudiziali dirette. In questa direzione, per tutte le strutture del SSN ed anche private accreditate, sanitarie o sociosanitarie, non parrebbe irragionevole prevedere un meccanismo delimitativo dell'azione contro il soggetto pubblico o privato con il quale si è instaurato il rapporto contrattuale e che del resto è chiamato a rispondere per il fatto dei propri dipendenti o dei soggetti di cui comunque si avvale (*v. supra*). Uno schema, grosso modo affine a quello che riguarda la responsabilità dello Stato per il fatto dei magistrati, da definire in termini puntuali ma che sotto questo profilo non parrebbe neppure suscettibile di dubbi di costituzionalità o irragionevolezza, appunto perché il contratto fonda la posizione di garanzia per fatto proprio e del proprio collaboratore, perché dal punto di vista del danneggiato non vi è particolare ragione di

³⁰ L'adempimento del dovere, scarsamente inutilizzabile nel torto civile, costituisce tra l'altro un presupposto per così dire strutturale della professione sanitaria, e la sua utilizzazione come clausola di esonero *tout court* appare quindi di dubbia compatibilità con l'ordinamento.

rivolgersi “in prima battuta” verso il singolo operatore sanitario³¹ e perché una disciplina delimitativa di questo tipo, comunque in grado di apprestare una tutela risarcitoria, come detto non passibile di totale ablazione, probabilmente troverebbe base nella peculiarità e straordinarietà dell'emergenza, nel drammatico punto di equilibrio tra finalità di tutela della salute collettiva e di quella individuale.

La delimitazione in discorso poi aprirebbe la strada al meccanismo della rivalsa, più sopra illustrato, idoneo – come tutti i meccanismi di rivalsa/regresso – a evitare che il responsabile effettivo di un illecito vada del tutto esente da conseguenze per il solo fatto che altro soggetto (la struttura) abbia soddisfatto la pretesa risarcitoria e riparato il pregiudizio economico e non patrimoniale patito. Meccanismo che a sua volta potrebbe essere ridefinito in taluni aspetti, trovandosi già fin d'ora in esso la clausola della doverosa valutazione della responsabilità secondo la considerazione “delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato” [con eventuale possibile estensione di detta clausola anche alle strutture private accreditate del SSN, in contesto di emergenza]; non senza eventualmente riconsiderare anche un regime particolare su misura e condizioni di rivalsa, che del resto già la legge n. 24/2017 ha disegnato con limiti e tetti di importo. Processualmente, la domanda del danneggiato dovrebbe quindi essere proponibile solo contro la struttura, salva la denuncia di lite verso il sanitario (la cui partecipazione in giudizio avrebbe effetto solo ai fini della rivalsa, quindi, se partecipe della causa, e non di una imputazione solidale della condanna)³².

Una impostazione di questo tipo d'altronde non sembra incongruente con l'assetto della responsabilità civile, che non impedisce tra l'altro di introdurre eccezioni al criterio dell'integrale riparazione (v. proprio in tema di R.C. auto e di attività sanitaria) né di contro risulta avere connotati “punitivi” verso le strutture del sistema sanitario, che non si vedrebbero in tale modo addossare conseguenze del fatto esclusivamente altrui³³.

- È opinione dello scrivente che in realtà l'attuale conformazione del meccanismo probatorio civile in tema di dimostrazione del nesso causale valga a stemperare in buona misura il rischio di iniziative giudiziarie del tutto avventate e in prospettiva di condanne risarcitorie nei riguardi del personale sanitario, segnatamente per quanto concerne eventi pregiudizievoli che si siano verificati in strutture ospedaliere. In un frangente come quello cui assistiamo, nel quale (a) un numero estremamente elevato di persone ha avuto accesso in ospedale ma, una volta inserito, ha generalmente perso i contatti con l'esterno, essendo integrato in un percorso di isolamento pressoché totale, e (b) la diffusività dell'infezione, incerta quanto ai suoi effettivi canali di possibile rischio di trasmissione e alle percentuali di possibilità di contagio³⁴, quanto alla durata del rischio

³¹ Anzi, lo schema aquiliano pone l'attore in posizione più debole in termini probatori; egli è normalmente rivolto contro la struttura, per questo aspetto e anche per ragioni di capienza assicurativa.

³² L'impostazione dell'art. 9, comma 5, della legge n. 24/2017 diverrebbe in questo senso la regolazione-tipo dell'emergenza COVID. Quanto detto nel testo naturalmente suppone che non vi sia spazio, attualmente, per l'approvazione, ancora di recente problematica, del D.M. *in fieri* sulla disciplina dell'assicurazione obbligatoria *ex* legge n. 24/2017, che, se operante, collocherebbe il centro della questione sull'azione diretta contro le imprese assicuratrici.

³³ A parte pure la possibilità, naturalmente per previsione di legge, di una componente punitiva della disciplina del risarcimento, suscettibile di aggravare le conseguenze per l'autore del danno (Cass., S.U., n. 16601/2017).

³⁴ Basti ricordare le dissonanti indicazioni sulla trasmissione attraverso contatto di materiali, il calpestio delle strade, le misure di rispetto del “distanziamento sociale” e inizialmente sulla stessa utilità dell'uso dei DPI.

infettivo, quanto alla durata dell'incubazione, hanno reso in concreto estremamente ardua la definizione di una eziologia accertabile con relativa precisione, sul quando e come l'infezione sia stata contratta: in un simile frangente, si diceva, l'assolvimento dell'onere probatorio da parte di chi assume di avere subito il pregiudizio finisce per essere reso decisamente più complesso, per tutti. E tale "sbarramento" probatorio, se certo non impedisce di per sé solo l'esercizio di azioni risarcitorie, tuttavia, in termini di prognosi di successo di tali iniziative ne indebolisce fortemente la sostenibilità, segnatamente per tutti gli eventi riferiti alle aree del Paese con la maggiore incidenza del Covid-19; ciò, sui grandi numeri, finisce per essere in qualche modo un fattore di auto-riduzione per così dire spontaneo del pur prevedibile contenzioso. Se non evita i processi, questa dimensione del tutto peculiare del contesto che ci occupa molto probabilmente evita una larga parte di possibili condanne.

- È da considerare molto problematica, per l'interferenza nell'autonomia privata, una integrazione legislativa/imperativa dei rapporti assicurativi in essere per strutture e sanitari, nel senso di ricondurre alle clausole vigenti alcune delle evenienze oggetto della disciplina *sui generis*. Ciò rileva con riguardo ad alcune notizie di recesso contrattuale o di rifiuto di copertura assicurativa, in particolare per quei casi di destinazione dell'operatore a mansioni e compiti non "propri". L'intervento legislativo diretto sui patti interpretati appare assai dubbio, né potrebbe avere ragionevolmente portata retroattiva, non sussistendo le ragioni imperative in tal senso che, secondo Corte cost. e Corte EDU, autorizzano tale efficacia a ritroso.

- Si deve esprimere sfavore per ipotesi, suggerite in alcuni commenti alla legislazione dell'emergenza, di dilazione dei termini legali per il diritto all'accesso e all'ottenimento della documentazione sanitaria (cartelle cliniche), come modo indiretto per spostare nel tempo le iniziative giudiziali; il modesto vantaggio burocratico che ne seguirebbe appare decisamente inferiore rispetto allo svantaggio di una impressione complessiva di opacità del servizio, quasi attinto da una sorta di presunzione di scarsa trasparenza.

- Una larga parte di eventi pregiudizievoli e di decessi è ascritta, secondo informazioni da verificare, alla sovrapposizione dell'infezione virale su pregressi stati patologici/morbose, specialmente per persone di età avanzata. Si tratta di un punto di particolare delicatezza non solo sul piano etico (le "scelte" di cui si è detto, il *triage*, la destinazione a reparti di terapia intensiva o meno) ma anche sul piano della possibilità, assai ardua, di regolazione legislativa, tenuto conto del fatto che, anche secondo la giurisprudenza consolidata, l'incidenza dei fattori pregressi rispetto a un elemento causale sopravvenuto, costituito dalla condotta responsabile, non vale a eliminare o ridurre il nesso causale tra quest'ultima e il pregiudizio, ma opera solo sul piano della quantificazione equitativa del danno risarcibile³⁵. Questo aspetto potrebbe invece essere collocato in termini diversi nel quadro della prospettiva di cui si dice qui oltre.

- un ultimo scenario che si ritiene di prospettare e che in larga misura si discosta da quanto detto, è quello della scelta per l'introduzione di eventuali forme *indennitarie* per i pregiudizi *direttamente* causati da eventi verificatisi in conseguenza dell'attività sanitaria o sociosanitaria correlata all'emergenza epidemiologica. Riversando sulla finanza pubblica una quota del presumibile e sostenibile importo da erogare a titolo di indennizzo per i pregiudizi che siano oggettivamente subiti in occasione dell'emergenza e a seguito e per causa dell'accesso a percorsi di cura e di

³⁵ Tra molte, Cass., n. 10812/2019, n. 20829/2018, n. 27524/2017.

assistenza³⁶, attraverso una scelta il cui modello può ravvisarsi nella legislazione che ha previsto l'indennizzo per le persone danneggiate da complicanze irreversibili a seguito di vaccinazioni ed emotrasfusioni (legge n. 210/1992), la cosa pubblica dirotterebbe una corrispondente parte delle iniziative risarcitorie indirizzate contro strutture e medici verso un sistema di gestione amministrativa delle aspettative e delle richieste di ristoro, in chiave solidaristica³⁷.

Una possibile scelta di tale tipo sterilizzerebbe *a priori* le possibili pretese di “duplicazione”, alla luce dei principi oggi consolidati in tema di cd. *compensatio lucri cum damno*, che impediscono di assegnare al danneggiato che abbia ottenuto una erogazione o una provvidenza pubblica la cui ragione giustificatrice sia appunto quella di eliminare le conseguenze pregiudizievoli, derivanti dal fatto causativo del danno, una ulteriore posta risarcitoria avente la medesima funzione del beneficio, e ciò indipendentemente dalla denominazione “indennitaria” anziché risarcitoria dell'erogazione; come avviene proprio nel sistema della legge n. 210/1992 citata, che impedisce a chi vi abbia avuto accesso di pretendere un risarcimento, anche in ragione della identità del soggetto pubblico erogante³⁸ (Cass., S.U., n. 584/2008, Cass. n. 6573/2013; Cons. Stato, n. 1/2018); un principio che la S.C. ha espresso in diverse evenienze, il cui tratto comune è quello appunto della identificazione funzionale tra provvidenza indennitaria e copertura risarcitoria del pregiudizio patito, come in caso di ottenimento di un indennizzo assicurativo, di una rendita INAIL per riduzione della capacità di guadagno, di una indennità di accompagnamento, di un indennizzo per malattia contratta in missione militare *ex* legge n. 244/2007, di prestazione previdenziale per indennità di malattia o pensione di invalidità; casi tutti in cui è precluso il cumulo di tali elargizioni solidaristiche con il risarcimento del danno preteso per le medesime conseguenze³⁹ (Cass., S.U. n. 12565, 12566 e 12567/2018)..

Fermo restando il meccanismo di rivalsa interno, che del resto secondo le decisioni a S.U. appena citate costituisce il *pendant* del principio, in quanto se esso evita duplicazioni risarcitorie evita al contempo l'esenzione piena a favore del vero danneggiante.

Una strada di questo tipo trasferirebbe sulla fiscalità generale, in una prospettiva solidaristica non estranea alla straordinarietà dell'emergenza, il problema di cui si tratta, evitando la soggezione di operatori sanitari a pretese patrimoniali individuali che, pur non aprioristicamente infondate, tuttavia trovano di contro le ragioni obiettive della inesigibilità di una prestazione corrente, in un contesto eccezionale.

Non può tuttavia nascondersi, da ultimo, che sussistono due difficoltà evidenti di un simile impianto indennitario: quella della sostenibilità del carico finanziario, potendosi plausibilmente prevedere che, proprio in presenza della difficoltà probatoria detta sopra e della complessità e

³⁶ Passaggio essenziale di questa possibilità è la previsione dell'ammontare verosimile della platea di danneggiati *direttamente* dall'attività sanitaria conseguente all'emergenza Covid: persone classificate impropriamente esenti o a basso rischio in fase di *triage*; diagnosi errate; mancato accesso a isolamento e cura o a terapia intensiva per deficit delle strutture, assenza di strumenti quali ossigenatori etc.).

³⁷ Anche per i sanitari, certamente, così come ha disposto Corte cost. n. 476/2002 appunto nel campo del danno da emotrasfusioni e vaccinazioni obbligatorie.

³⁸ Identità che, secondo recenti approdi, non viene meno anche se non vi è piena coincidenza tra erogante e danneggiante (nella specie, ASL e Regione), purché comunque la appartenenza al medesimo comparto fa escludere che si abbia un ingiustificato vantaggio per il danneggiante, e ciò nonostante la mancanza di un meccanismo di surroga o rivalsa interna (Cass., n. 4309/2019).

³⁹ Ne resta fuori naturalmente la voce del danno non patrimoniale, che non trova in quelle elargizioni ragione giustificatrice (Cass., n. 26647/2019).

varietà della molte vicende che si sono presentate, sia elevato il rischio di un “assalto” all'erogazione, cosicché il solo vantaggio di una simile impostazione sarebbe quello della esclusione della strada giudiziaria ma per aprire una strada amministrativa ancora più congestionata; e quella della valutazione della relazione causale tra prestazione sanitaria inesatta e pregiudizio del singolo; valutazione che nell'impianto della citata legge n. 210 si è potuto affidare ad organi amministrativo-tecnici, le Commissioni medico-ospedaliere, perché in quel caso il rapporto di derivazione tra attività sanitaria e danno è mediato da un fattore materiale certo e temporalmente collocato, la trasfusione o la vaccinazione, mentre nel campo dell'emergenza Covid-19 la valutazione sembra inevitabilmente coinvolgere l'apprezzamento di fattori, almeno con-causali, dei soggetti che hanno svolto la loro opera.

Questa via “indennitaria”, di contro, appare preferibile – e finanziariamente sostenibile – se si intende dare, come appare opportuno, una risposta differenziata a favore del personale medico che abbia subito pregiudizi alla salute nello svolgimento della professione e nel tempo o nell'occasione dell'emergenza epidemiologica; il numero chiuso e non eccessivo di questi casi, che hanno anche segnato emotivamente l'opinione pubblica, e ragioni di soddisfazione spedita delle ragioni fatte valere dal personale in questione (o dai loro eredi, nei casi di decesso), sembra ragione adeguata per una erogazione a copertura del danno in forma integrale, patrimoniale e biologico/non patrimoniale, secondo il principio solidaristico che fa carico allo Stato delle conseguenze di danno derivate da attività imposte o anche soltanto suggerite, rivolte alla garanzia della salute della collettività.

Si allegano:

- 1) gli ordini del giorno presentati nell'iter di conversione del d.l. n. 18/2020;
- 2) il testo del DDL 1766/S/XVIII di conversione del d.l.;
- 3) il testo della legge n. 24/2017;
- 4) lo schema di D.M. attuativo della legge n. 24/2017, art. 10, sulle polizze assicurative obbligatorie;
- 5) e 5-bis) i DD.MM. 2 agosto 2017 e 29 settembre 2017, sull'Osservatorio sanità e sugli Enti abilitati a dettare linee-guida;
- 6) e 6-bis) i Rapporti ISS-Covid nn. 2 e 4/2020;
- 7) il Rapporto ISS 6 aprile 2020 - Survey nazionale sul contagio nelle RSA.

(Roma, 15 aprile 2020)

(Carmelo Sgroi)

Al Sig. Procuratore generale

SEDE

Prime considerazioni sulle ipotesi di responsabilità penale relative all'esercizio dell'attività sanitaria durante l'epidemia da Covid-19

1. Premessa

La varietà delle situazioni che stanno caratterizzando l'esercizio dell'attività sanitaria in relazione all'epidemia da Covid-19 consente di individuare le seguenti fattispecie in cui si pone la questione della responsabilità penale:

- 1) infezione contratta da operatori sanitari (medici, infermieri) in servizio presso la struttura ospedaliera;
- 2) infezione contratta da persone che hanno fatto ingresso nella struttura quali "visitatori" a vario titolo, senza essere ricoverati (parenti, fornitori, tecnici, personale delle pulizie, ecc.);
- 3) infezione contratta durante la degenza da pazienti ricoverati nella struttura per altra causa;
- 4) morte o più grave decorso della malattia di persone sottoposte a cure in strutture ospedaliere per aver contratto il virus;
- 5) omissione o ritardo di cautele e/o di cure per persone che hanno contratto il virus e che non sono state ricoverate in strutture ospedaliere;
- 6) formazione di focolai epidemici che si assume dipendere dalla ritardata adozione di provvedimenti restrittivi o di cautela.

Nella prima di tali ipotesi si pone la questione dell'applicabilità della tutela apprestata ai lavoratori dal Testo Unico n. 81/2008 e della conseguente configurabilità sia dei reati previsti dagli artt. 589 e 590 del Codice penale aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro sia della responsabilità dell'ente ai sensi del D.lgs. 231/01 in virtù delle previsioni di cui all'art. 25-septies.

Nella seconda non si pone il tema dell'applicabilità delle fattispecie di omicidio colposo e lesioni personali colpose in ambito sanitario (legge n. 24/2017, cd. Gelli-Bianco ed artt. 589, 590 e 590-sexies c.p.), che invece viene in evidenza nelle fattispecie sub 3), 4) e 5).

Nell'ultima ipotesi si pone la questione della configurabilità del reato di epidemia colposa di cui all'art. 452 in relazione all'art. 438 c.p.

2. La necessaria identificazione della regola cautelare

Il punto di partenza di ogni valutazione relativa a responsabilità colposa (lesioni, omicidio o addirittura epidemia, salve le specificazioni che seguiranno) da attività sanitaria in relazione alla vicenda Covid-19 riguarda, ovviamente, l'identificazione della regola cautelare. Ciò in quanto l'accertamento della violazione cautelare richiede la preliminare identificazione della regola che doveva essere osservata nel caso concreto e che invece risulta violata.

Dunque, un primo punto fermo – in un ideale 'protocollo di indagine' per le attività di indagine preliminare che si svilupperanno presumibilmente quale conseguenza della pandemia in ambito sanitario – è questo: l'identificazione della regola cautelare che avrebbe dovuto essere osservata nel caso *concreto* (dell'enfatizzazione con il corsivo si darà ragione tra un momento).

Ciò in quanto «la responsabilità colposa implica che la violazione della regola cautelare deve aver determinato la concretizzazione del rischio che detta regola mirava a prevenire, poiché alla colpa dell'agente va ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi,

ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare» (Sez. 4, n. 35585 del 12/05/2017 - dep. 19/07/2017, Schettino. P.G., P.C. in proc. Schettino, Rv. 27077901).

Questa deve essere la stella polare: va cioè immediatamente stabilito, con valutazione naturalmente *ex ante*, il c.d. comportamento alternativo lecito, rispettoso cioè della 'regola cautelare', previa identificazione (certa e dettagliata) di quest'ultima.

Si tratta di un aspetto di fondamentale importanza.

Sul punto, si ricavano importanti conferme dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha sempre escluso la responsabilità colposa in casi simili (ad esempio, la responsabilità del direttore generale di una struttura ospedaliera per il decesso di un paziente a seguito di una epidemia di legionellosi sviluppatasi nel nosocomio) sul presupposto che «l'elemento soggettivo del reato richiede non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito), **non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione "ex ante", non avrebbe potuto comunque essere evitato**» ((Sez. 4, n. 7783 del 11/02/2016 - dep. 25/02/2016, P.C. in proc. Montaguti, Rv. 26635601: nel caso di specie, la S.C. ha dichiarato non ancora accertata l'esistenza di un sistema chimico o farmacologico in grado di eliminare completamente la presenza del batterio della legionella dal sistema idrico degli ospedali). In breve, la giurisprudenza è costante nell'affermare (escludendo la responsabilità colposa) che **«l'individuazione della regola cautelare non scritta, eventualmente violata, non deve essere frutto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata "ex post" ad evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto [corsivo mio], ma deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile "ex ante", con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico - scientifiche e delle massime di esperienza»** (Sez. 4, Sentenza n. 9390 del 13/12/2016 Ud. (dep. 27/02/2017)

Rv. 269254 – 01; conforme: Sez. 4, Sentenza n. 34375 del 30/05/2017 Ud. (dep. 13/07/2017) Rv. 270823 - 01).

Questa problematica - vale a dire: regola cautelare ricavata *ex post* astrattamente e svincolata dal caso concreto, piuttosto che delineabile e chiara *ex ante* sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza – appare particolarmente intensa nelle ipotesi (tutte involte dal Convid 19, per l’assenza di preventive linee guida di comportamento sanitario) in cui ad essere violata è una regola cautelare c.d. “elastica”, che cioè necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare - al contrario di quelle cosiddette "rigide", che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento. A tali ipotesi si riferisce, com’è noto, un recente filone giurisprudenziale elaborato sempre dalla IV sezione penale (v. Sez. 4, Sentenza n. 40050 del 29/03/2018 Ud. (dep. 06/09/2018) Rv. 273871 – 01, Pres. Blaiotta, Est. Dovere; Sez. 4 - , Sentenza n. 57361 del 29/11/2018 Ud. (dep. 19/12/2018) Rv. 274949 – 01).

La costante giurisprudenza di legittimità afferma che l'accertamento della violazione cautelare richiede la preliminare identificazione della regola che doveva essere osservata nel caso concreto. Operazione, questa, che se talvolta agevole (ad esempio, quando la regola cautelare è 'codificata' ed ha contenuto sufficientemente determinato e si parla allora di regola cautelare rigida: es., un limite preciso di velocità), appare più spesso di notevole difficoltà, sia perché quella prescrizione va tratta dal patrimonio di conoscenze formatesi nel corpo sociale attraverso l'uso dei criteri euristici della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento pregiudizievole, sia perché non di rado - quasi sempre - la regola codificata non esaurisce il quadro disciplinare, concorrendo con regole non codificate. Ma anche quando si tratta di regole codificate, l'eventuale natura 'elastica' pone non irrilevanti problemi di definizione contenutistica.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinviene una concettualizzazione appropriata. Si è statuito infatti che è regola cautelare cosiddetta "elastica" quella che necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare; mentre quelle cosiddette "rigide" fissano con assoluta precisione

lo schema di comportamento (Sez. 4, n. 29206 del 20/06/2007 - dep. 20/07/2007, Di Caterina, Rv. 236905, attinente proprio all'art. 141 Cod. str.).

L'insidia che incombe in presenza di regole elastiche è che agisca più o meno inconsapevolmente l'errore cognitivo evocato dal brocardo *post hoc ergo propter hoc*. Un errore dal quale le Sezioni Unite hanno messo in guardia, segnalando "il pericolo che il giudice prima definisca le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontri la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilanciata dalla terzietà".

Al contrario, il giudice è consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari; egli rinviene "la fonte precostituita alla stregua della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni a posteriori" nella scienza e nella tecnologia (S.U. Thyssen, Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014 - dep. 18/09/2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 26110301; si veda anche Sez. 4, n. 36400 del 23/05/2013 - dep. 05/09/2013, Testa, Rv. 257112 e, più di recente, Sez. 4, n. 9390 del 13/12/2016 - dep. 27/02/2017, Di Pietro e altro, Rv. 269254).

In breve (e cercando la massima semplicità nel dire): non è possibile – ai fini stessi dell'esercizio dell'azione penale – omettere di identificare il preciso contenuto della regola cautelare, finendo per far coincidere il contenuto della stessa (vale a dire: la condotta che il sanitario avrebbe dovuto tenere) con quella che *ex post* avrebbe evitato l'evento. In tal modo si finirebbe irrimediabilmente per sovrapporre al piano dell'accertamento della sussistenza di una condotta non cautelare quello dell'accertamento del nesso causale (della colpa).

3. Aspetti problematici delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose

3.1. Considerazioni generali

Per quanto riguarda le fattispecie in cui è ipotizzabile la responsabilità per omicidio e lesioni colpose, sembra utile richiamare tre considerazioni di carattere generale svolte dalla relazione del collega Sgroi.

La prima, che si pone in tutti i casi di infezioni contratte da persone a vario titolo entrate in relazione con la struttura sanitaria, riguarda il nesso eziologico tra eventuali omissioni o negligenze e la malattia.

Come osserva il collega, *“la diffusività dell’infezione, incerta quanto ai suoi effettivi canali di possibile rischio di trasmissione e alle percentuali di possibilità di contagio¹, quanto alla durata del rischio infettivo, quanto alla durata dell’incubazione, hanno reso in concreto estremamente ardua la definizione di una eziologia accertabile con relativa precisione, sul quando e come l’infezione sia stata contratta”*.

Un altro aspetto problematico riguarda i casi in cui può venire in evidenza la responsabilità dei vertici delle strutture coinvolte e consiste nella non omogeneità delle realtà interessate. Osserva la relazione Sgroi: *“ospedali pubblici, enti ospedalieri privati equiparati, cliniche, strutture di ricovero e cura, di accoglienza e di assistenza, a loro volta articolate tra pubbliche, convenzionate nel servizio nazionale, private (RSA); cui si aggiungono ulteriori strutture dettate dall’emergenza (aree temporanee ex art. 4, d.l. n. 18/2020), messe in campo dalle Regioni. Sul punto, si ricorda che lo svolgimento delle funzioni di assistenza e cura, da parte dei soggetti accreditati ex art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992, sono quelle stesse delle SSN, e che si realizza per questa via, seppure su base concessoria, un rapporto di servizio in senso lato, cioè un rapporto di servizio che prescinde dall’organico inserimento del soggetto nella P.A., ma che ha l’essenziale*

¹ Basti ricordare le dissonanti indicazioni sulla trasmissione attraverso contatto di materiali, il calpestio delle strade, le misure di rispetto del “distanziamento sociale” e inizialmente sulla stessa utilità dell’uso dei DPI.

caratteristica dello svolgimento di funzioni pubbliche, con le connesse responsabilità contabili per danno erariale” (in tal senso la relazione SgROI).

Un terzo aspetto problematico di carattere generale è quello dell’applicabilità all’attività sanitaria relativa al Covid-19 del sistema di responsabilità delineato dall’art. 590-sexies c.p., come integrato dall’art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco in tema di buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida (questione che si pone in particolare nei casi di cui ai n.n. 3.4), 3.5) e 3.6 che seguono).

Osserva al riguardo il collega che il problema che origina dall’emergenza epidemiologica da Covid-19 consiste nella *«imprevedibilità della specifica infezione, nel suo carattere massivo, nella mancanza di sperimentazioni pregresse e di evidenze scientifiche etc., in breve nella sua eccezionalità, che rende sotto questo profilo recessivo il ricorso a linee guida come elemento di valutazione del fattore colposo. Se si scorre l’elenco delle determinazioni e delle raccomandazioni man mano fornite dall’Istituto superiore di Sanità, organo centrale qualificato in questa contingenza², si registrano direttive temporanee e di taglio generale, fondamentalmente imperniate sugli strumenti protettivi da utilizzare (mascherine, DPI e FFP) non essendosi in precedenza mai verificata la specifica diffusione di questo virus³. La mancanza di evidenze scientifiche immediatamente fruibili per la prevenzione e il controllo della diffusione, colloca quindi l’attenzione sul rispetto di protocolli generali e di misure precauzionali antecedenti, circa le modalità di trasmissione infettiva⁴.*

Assumono quindi maggiore rilievo, in detto contesto, i caratteri di elasticità delle misure generali e l’adozione delle “buone pratiche” di cui all’art. 590-sexies e ciò, trattandosi di clausole ampie, assegna al controllo giudiziale uno spazio maggiore di scrutinio caso per

² Il “Sistema nazionale delle linee guida”, pubblicato dal Ministero della salute in forza della legge n. 24/2017, non propone indirizzi operativi per il Covid. Le misure contro la pandemia sono state date dall’ISS, che ha il compito di aggiornare le linee guida.

³ Si vedano i Rapporti ISS “COVID” n. 2/2020, con “Indicazioni *ad interim* per un utilizzo razionale delle protezioni per infezione da Sars-Cov.2 nelle attività sanitarie e sociosanitarie nell’attuale scenario emergenziale” e n. 4/2020 con “Indicazioni *ad interim* per la prevenzione e il controllo dell’infezione da Sars-Cov.2 in strutture residenziali sociosanitarie”.

⁴ Così i Rapporti ISS citati rinviano a Raccomandazioni internazionali per la prevenzione della diffusione.

caso. Non senza osservare, peraltro, che, come è stato osservato in diversi commenti sulle implicazioni giuridiche dell'emergenza sanitaria, in realtà i protocolli di prevenzione e di gestione del rischio epidemiologico non propongono, come tali, profili di difficoltà tecnica peculiari, e quindi non chiamano tanto in causa addebiti di potenziale imperizia professionale quanto principalmente aspetti di difetto di diligenza organizzativa».

Pertanto, non essendo state emanate le linee guida secondo il procedimento di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017, ai fini della configurabilità dell'art. 590-sexies c.p., la condotta dei sanitari *“può essere valutata con esclusivo riferimento alle buone pratiche clinico assistenziali adeguate al caso concreto”*⁵; in tal caso la norma prevede una causa di non punibilità per i fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen. qualora l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida (o, come nella specie, buone pratiche clinico assistenziali) *“adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse”*⁶.

Al fine di verificare il sia pur ridotto spazio di applicabilità della clausola di esenzione da responsabilità penale prevista dall'art. 590-sexies c.p. sarebbe peraltro necessario individuare le buone pratiche clinico assistenziali disponibili al momento della terapia, tenendo conto da un lato che quelle fornite dall'Istituto superiore di Sanità hanno *“carattere temporaneo e di taglio generale e sono fondamentalmente imperniate sugli strumenti protettivi da utilizzare (mascherine, DPI e FFP)”* (relazione Sgroi) e che, nel corso della evoluzione della epidemia, risultano sperimentate varie soluzioni terapeutiche alle quali, però, anche se connotate da risultati positivi, non sembra

⁵ Sez. 4, Sentenza n. 37794 del 22/06/2018 Ud. (dep. 06/08/2018) Rv. 273464 – 01.

⁶ Sez. U, Sentenza n. 8770 del 21/12/2017 Ud. (dep. 22/02/2018) Rv. 272174 – 01.

possibile attribuire la qualifica di buone pratiche clinico assistenziali, stante il carattere provvisorio del contributo alla conoscenza scientifica da esse fornito.

Costituisce infine un ulteriore elemento di complessità il dubbio, sollevato da settori del mondo scientifico, circa l'adeguatezza delle determinazioni e raccomandazioni fornite dal sistema pubblico nel suo complesso alla classe medica, sia per quanto riguarda le indicazioni di carattere terapeutico ed il loro aggiornamento rispetto alla progressiva maggiore conoscenza del virus ed alle nuove e migliori soluzioni terapeutiche emerse nel corso della evoluzione dell'epidemia, sia per quanto i profili organizzativi e la dotazione dei mezzi.

3.2. Infezione contratta da operatori sanitari (medici, infermieri) in servizio presso la struttura ospedaliera

La riconducibilità di tale ipotesi al sistema di responsabilità apprestato dal T.U. sul lavoro (D.lgs. n. 81/2008) trova conferma nel fatto che secondo l'art. 42, comma 2, del decreto legge n. 18, del 17 marzo 2020 (cosiddetto Decreto Cura Italia) il contagio da Coronavirus deve essere trattato dal datore di lavoro pubblico e privato e dall'Inail come un infortunio.

Sono quindi a carico del datore di lavoro le misure generali di tutela di cui all'art. 15 T.U.S., nonché, in particolare, gli obblighi di formazione ed informazione (artt. 36 e ss.), di messa a disposizione dei dispositivi di protezione individuale (artt. 74 e ss.) e di tutela contro il rischio di esposizione ad agenti biologici (art. 266 ss).

La configurabilità della responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25-*septies* del D.lgs. 231/2001, nel caso di morte o lesioni dipesa dalla violazione, da parte del datore di lavoro/struttura sanitaria, delle norme di tutela dei lavoratori, pone l'ulteriore questione della applicabilità di tale disciplina non solo alle strutture private accreditate per le attività in regime di ricovero e per le Case di Cura private, ed alle società miste a partecipazione pubblica che svolgono attività ospedaliera⁷, ma anche alle Aziende

⁷ Per l'applicabilità del d.lgs. n. 231 in questo caso, cfr. Sez. 2, n. 28699 del 09/07/2010 Cc. (dep. 21/07/2010) Rv. 247669 – 01.

Sanitarie Locali⁸ che, a partire dal D.lgs. 7 dicembre 1993 n. 517, hanno perso il carattere di organo della Regione, acquisendo una propria soggettività giuridica con un'autonomia, per poi assumere, ex art. 3, comma 1 bis, del D.lgs. n. 502/1992, anche carattere imprenditoriale (*“in funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in Aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale”*), tanto che la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel qualificare le Aziende sanitarie come enti pubblici economici⁹.

Va comunque richiamato quanto detto in premessa circa la difficoltà di individuare un nesso eziologico tra eventuali omissioni del datore di lavoro/struttura sanitaria e l'insorgenza della malattia del lavoratore.

3.3. Infezione contratta da persone che hanno fatto ingresso nella struttura quali “visitatori” a vario titolo, senza essere ricoverati (parenti, fornitori, tecnici, personale delle pulizie, ecc.)

Si condivide quanto osservato dal collega Sgroi sul fatto che *“le infezioni Covid che si assumono contratte in contesto ospedaliero da persone ammesse a visita o ricovero (non-Covid) e che ne erano inizialmente indenni”*, sono da ascrivere principalmente alle strutture sanitarie, più che ai *“singoli medici operanti in esse, lamentando l'inadempimento agli obblighi protettivi accessori a quello principale di cura, il mancato rispetto di protocolli di sicurezza, omissioni nella organizzazione complessiva della prestazione di ospedalità etc. Questo genere di doglianza chiama in causa in primo luogo le determinazioni organizzative delle strutture, e con esse gli organi gestori, più che individualmente i sanitari”*.

Va comunque ribadita la difficoltà, anche in questo caso, di individuare un nesso eziologico tra eventuali carenze organizzative ed insorgenza della malattia.

⁸ Questione non ancora risolta dalla giurisprudenza. In dottrina, in senso favorevole, cfr. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, nota a Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, in *Cassazione Penale*, 2011, V, 1889.

⁹ *Ex plurimis*, Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 16/11/2012) 07-05-2013, n. 2470.

3.4. Infezione contratta durante la degenza da pazienti ricoverati nella struttura per altra causa (c.d. infezione “endonosocomiale”)

La sovrapposizione dell’infezione virale, contratta per coincidenza temporale o spaziale con altri percorsi terapeutici di tipo diverso, su pregressi stati patologici/morbosi pone due specifiche questioni:

- la prima è quella dell’incidenza dei fattori pregressi rispetto a un elemento causale sopravvenuto, da risolvere sulla base delle previsioni di cui all’art. 41 c.p.;
- la seconda è quella della eventuale considerazione della pregressa patologia quale fattore determinante nella adozione di criteri di priorità nella prestazione delle cure (la c.d. “scelta tragica”). Osserva il collega Sgroi: *«in un contesto di sproporzione tra domanda sanitaria e disponibilità materiale e di personale, il canone del massimo possibile di cura al massimo possibile di pazienti secondo le relative necessità può avere imposto “scelte tragiche” dettate dalla contestualità di situazioni: numero di pazienti, incertezza sul relativo grado di infezione, differenti condizioni pregresse di ciascuno, insufficienza delle risorse di medici ed infermieri. Questa gamma dei fattori di “selezione” determina la necessità di considerare ciascun caso non isolatamente ma nell’insieme, perché ogni percorso terapeutico individuale può essere qualificato in termini di adeguatezza o inadeguatezza solo se visto in relazione a tutti gli altri e alla capacità di risposta della struttura del sistema sanitario, al quale hanno accesso esigenze quantitativamente non compatibili con le pratiche correnti. Anche qui, la situazione ambientale e la difficoltà e novità dell’approccio sanitario, per la ridotta conoscenza delle possibilità terapeutiche tuttavia segnate dall’impellenza, alterano i parametri di giudizio consueti. Si tratta di affrontare una emergenza che in talune Regioni è certamente “catastrofica” e che implica operazioni di coordinamento e di gestione che eccedono le singole strutture¹⁰».*

¹⁰ Il Dipartimento della protezione civile ha svolto compiti da remoto di dislocazione e trasferimento dei pazienti in aree o regioni diverse, in relazione alla limitatezza delle capacità di accoglienza nei singoli casi.

Quanto al resto, si rinvia alle considerazioni introduttive circa l'applicazione del sistema di responsabilità delineato dall'art. 590-*sexies* c.p., come integrato dall'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco.

3.5. Morte o più grave decorso della malattia di persone sottoposte a cure in strutture ospedaliere per aver contratto il virus

Rinviando alle considerazioni introduttive circa l'applicazione del sistema di responsabilità delineato dall'art. 590-*sexies* c.p., come integrato dall'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco, le questioni ulteriori che si pongono in tali casi riguardano due punti evidenziati dalla relazione Sgroi, quali:

- “le operazioni di *triage* e di classificazione della gravità all'atto dell'ingresso dei pazienti e del ricovero, con le connesse determinazioni di dislocazione dei pazienti negli ambienti ospedalieri e relativo grado di protezione”;
- “la stessa utilizzazione di medici e personale non specializzato in malattie infettive all'interno delle strutture dedicate al Covid-19¹¹, che apre la questione della imputazione di addebiti di negligenza e ancor più di imperizia correlate alla specifica competenza del singolo esercente”.

Il primo punto pone la questione dell'accertamento del nesso causale in presenza di successione di posizioni di garanzia per il paziente che sia stato accettato in ingresso e trasferito in altri reparti nel corso della degenza¹².

¹¹ Cfr. il d.l. n. 14/2020, con il quale è stata dettata la disciplina emergenziale per il reclutamento di medici e personale sanitario, con richiamo di medici in pensione, reclutamento di medici non specializzati, di medici di medicina generale e di pediatri e l'attribuzione di incarichi a tempo nel SSN:

¹² Cfr. sulla questione Sez. 4 - , Sentenza n. 1350 del 20/11/2019 Ud. (dep. 15/01/2020) Rv. 277953 - 01: “in tema di successione di posizioni di garanzia, quando l'obbligo di impedire l'evento connesso ad una situazione di pericolo grava su più persone obbligate ad intervenire in tempi diversi, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta e al ruolo di ciascun titolare della posizione di garanzia, stabilendo cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la condotta dovuta da ciascuno dei garanti fosse stata tenuta, anche verificando se la situazione di pericolo non si fosse modificata per effetto del tempo trascorso o di un comportamento dei successivi garanti”.

3.6. Omissione di cautele e/o di cure per persone che hanno contratto il virus ma non sono state ricoverate in strutture ospedaliere

Riprendendo le osservazioni del collega Sgroi, vengono in evidenza in tale contesto, in primo luogo, le eventuali negligenze nei trattamenti al di fuori delle prestazioni ospedaliere vere e proprie, quali i controlli preventivi e le attività di verifica (tamponi, *screening*, segnalazioni dei medici di base in rapporto alle linee-guida sulla sintomatologia da apprezzare, *pre-triage*) che per varie ragioni non hanno determinato la scelta di non procedere al ricovero in ospedale.

Una decisione che ben potrebbe essere correlata, secondo i criteri giuridici di imputazione con-causale ex art. 41 c.p., al successivo evento di lesioni o morte in abitazione¹³.

Appartiene all'area della possibile responsabilità per condotte al di fuori del contesto ospedaliero la nota vicenda che risulta coinvolgere le strutture residenziali di assistenza – RSA¹⁴, la quale sembra chiamare in causa la responsabilità degli organi amministrativi e di gestione, più che direttamente il personale sanitario medico e infermieristico.

4. Aspetti problematici della configurabilità del reato di epidemia colposa

Quanto al reato di epidemia colposa, va innanzitutto posto in evidenza il problema della **natura (commissiva o omissiva) della condotta idonea ad integrarla.**

¹³ Al riguardo può essere utile tenere presente l'ancora attuale Sez. 4, Sentenza n. 3602 del 12/12/1988 Ud. (dep. 09/03/1989) Rv. 180736 - 01, secondo cui *"in tema di colpa professionale, risponde, a titolo di imperizia e di negligenza, della morte di un paziente il sanitario il quale, in presenza di malattia incurabile, quale quella di "huntington", caratterizzata da gravi disturbi nelle sfere psichica e motoria, si attesti su un comportamento di disinteresse, e rassegnazione rispetto all'"exitus", ed ometta di praticare (far praticare) trattamenti terapeutici idonei a superare situazioni di crisi (quali l'incipiente cachessia conseguente al rifiuto di assunzione di alimenti ovvero alla mancata assimilazione degli stessi per incoercibile vomito), potendosi avvalere delle molteplici risorse fornite dalla moderna farmacopea somministrabili per varie vie, ivi comprese quelle parenterale e per flebo; sempreché non sia provato che il paziente sarebbe ugualmente (nelle stesse condizioni) deceduto, nonostante ogni attenta cura"*.

¹⁴ V. la vicenda del Pio Albergo Trivulzio, oggetto di indagine penale con imputazioni di omicidio colposo e di epidemia colposa.

Si tratta di uno snodo di **fondamentale importanza**, ai fini del problema della pandemia che ci occupa.

Problema che risulta affrontato, allo stato, in un'unica pronuncia della S.C.

Infatti, con riguardo ad una contestazione che si articolava nei reati di cui agli artt. 40 cpv., 444 in relazione al 452, comma 2, 438, comma 1, in relazione al 452, comma 1, 590, commi 1 e 4, 81 e 110 cod. pen., si collocano le affermazioni di **Sez. 4, n. 9133 del 12/12/2017 - dep. 28/02/2018, Giacomelli, Rv. 27226101**

In tale pronuncia, la Corte di legittimità ha statuito che «In tema di delitto di epidemia colposa, **non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione "mediante la diffusione di germi patogeni", richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen.**, riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera».

La fattispecie riguardava l'aver cagionato, per colpa, la distribuzione per il consumo di acque per uso potabile pericolose per la salute pubblica in quanto microbiologicamente contaminate da virus e batteri tra cui Clostridium Perfringens e Norovirus così determinando l'insorgere di una epidemia nella popolazione locale manifestatasi con infezioni gastroenteriche acute in un numero di casi segnalato dalle strutture di base del servizio sanitario nazionale (distretto sanitario locale, medici di base, guardia medica, pronto soccorso, farmacie) almeno pari a 1.500. Causa era constatata presenza di microrganismi patogeni nelle acque distribuite dall'acquedotto che aveva determinato i descritti casi di infezione ed era da attribuirsi e da mettere in relazione sia a carenze nella manutenzione dell'acquedotto comunale che all'inosservanza di regole di buona tecnica nel processo di trattamento e potabilizzazione delle acque cui era deputata la società di cui erano responsabili gli imputati, cui veniva ascritta una condotta omissiva colposa (scarsa manutenzione; constatate condizioni di compromissione delle strutture di captazione e della rete distributiva che avevano creato fessurazioni delle condotte di adduzione dell'acqua; stato dei filtri deputati al trattamento meccanico dell'acqua presso l'impianto, ecc.)

Le affermazioni salienti della Corte, che appaiono rilevanti per la nostra prospettiva, possono così sintetizzarsi:

a)definizione.

La Corte innanzitutto pone una differenza notevole tra la nozione scientifica e la nozione giuridica di epidemia. Secondo la SC, per epidemia, **in senso medico-scientifico** «*si intende ogni malattia infettiva o contagiosa suscettibile, per la propagazione dei suoi germi patogeni, di una rapida ed imponente manifestazione in un medesimo contesto e in un dato territorio colpendo un numero di persone tale da destare un notevole allarme sociale e un correlativo pericolo per un numero indeterminato di individui*», mentre la

nozione giuridica appare assai più ristretta e circoscritta, «in quanto il legislatore, con la locuzione «mediante la diffusione di germi patogeni» prevista nell'art. 438 cod. pen., ha inteso circoscrivere la punibilità alle condotte caratterizzate da determinati percorsi causali.»

b)ti pi ci tà del l'i Il eci to

Secondo la Corte, il fatto tipico previsto nell'art. 438 cod. pen. è infatti **modellato secondo lo schema dell'illecito causalmente orientato** in quanto il legislatore ha previsto anche il percorso causale, **con la conseguenza che il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità.** Pertanto – si afferma nella sentenza - **«l'epidemia costituisce l'evento cagionato dall'azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni di cui l'agente sia in possesso».** Tale costruzione viene essenzialmente ricavata dai lavori preparatori e dalla sintassi della norma incriminatrice (si tratta di argomenti alquanto deboli, ma che appaiono pienamente funzionali, oggi, allo scopo di contenere la possibile endemica proliferazione di contestazioni di questo genere ed, oltretutto, si tratta di affermazioni NON contraddette da altra giurisprudenza del S.C).

c) riverberi sulla punibilità.

Dunque: la materialità del delitto è costituita **sia da un evento di danno** rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni **che da un evento di pericolo,** rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione. Tuttavia, sia nell'un caso che nell'altro, **«la norma evoca, all'evidenza, una condotta commissiva a forma vincolata di per sé incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera, ovvero a quelle la cui realizzazione prescinde dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali».**

d)confutazione della tesi interpretativa alternativa.

La sentenza si fa carico anche di confutare la tesi contraria. Afferma infatti che non risulta aderente al dettato normativo l'assunto dei giudici di merito che, seguendo un indirizzo dottrinario del tutto minoritario, inquadrano la fattispecie di cui all' art. 438 cod. pen. e del correlato art. 452, comma 2, cod. pen., nella categoria dei c.d. «reati a mezzo vincolato». Secondo tale opzione ermeneutica il legislatore, con la locuzione «mediante la diffusione di germi patogeni», avrebbe inteso solo demarcare il tipo di evento rilevante, ovvero le malattie infettive, e non già indicare una puntuale tipologia di condotta.

Secondo la pronuncia, detta ricostruzione interpretativa risulta riduttiva «**in quanto finisce per disapplicare la predetta locuzione che rappresenta uno degli elementi essenziali della fattispecie; nè può fondatamente ritenersi che l'espressione contenuta nell'art. 438 cod. pen. sia meramente pleonastica o addirittura tautologica. Va infine sottolineato che l'imputazione mossa dalla pubblica accusa si fonda sull'applicazione dell'art. 40, comma 2, cod. pen., in quanto viene mosso un rimprovero a titolo di responsabilità per omesso impedimento dell'evento. La costruzione giuridico - concettuale di detta contestazione è, dunque, incompatibile con la natura giuridica del reato di epidemia.**»

e) conclusioni operative

La risoluzione delle questioni poste dalla sentenza citata dovrebbe collocarsi sullo sfondo di ogni indagine giudiziaria che ipotizzi – in relazione soprattutto alle strutture sanitarie pubbliche – il reato di epidemia colposa.

A completamento, si evidenzia che il riconoscere all'art. 438 c.p. la connotazione di reato commissivo a forma vincolata lo rende di per sé incompatibile con la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. (come affermato dalla stessa sentenza).

In pratica, non si potrebbe procedere alla equiparazione tra un semplice “non impedire un evento” ed il “cagionare l'evento” con quelle modalità di condotta descritte dalla norma incriminatrice.

E' pur vero, tuttavia, che, in via generale, la giurisprudenza ritiene, secondo un'opinione maggioritaria, che l'art. 40, comma 2, c.p. si possa applicare anche ai reati di evento causalmente orientati ed a forma vincolata. Insomma, in via generale, si offre una lettura sistematica della condotta omissiva contraria a quella fatta propria nella sentenza segnalata, che – sotto tale profilo – costituisce una eccezione.

Connesso a ciò, è l'altro profilo importante attinente al rapporto causale. Nel delitto di epidemia, l'evento è rappresentato dalla diffusione di germi patogeni: l'epidemia è cioè l'evento cagionato dalla condotta incriminata e tra l'evento e la condotta deve sussistere un rapporto di causalità perfettamente delineabile ed accertato.

Va dunque considerato che: a) secondo una stretta tipicità causale, l'incremento epidemico (vale a dire, l'amplificazione di una pandemia già massiva) sarebbe collocabile solo con grande difficoltà nell'alveo dell'art. 438, in relazione all'art. 452 c.p.; b) occorrerebbe poi la configurazione (e la dimostrazione, difficile) del nesso causale in presenza di plurime possibili fonti di contagio, ognuna della quali – in astratto – idonea a proporsi quale causa sopravvenuta autonoma, con assorbimento eziologico.

Ultima notazione: in una pronuncia di merito assai risalente (Trib. Bolzano, sent. 13.3.1979), si è precisato che la norma punisce chi cagioni l'epidemia mediante diffusione

di germi patogeni di cui abbia il possesso, anche "in vivo" (per esempio, animali da laboratorio), **mentre deve escludersi che una persona affetta da malattia contagiosa abbia il possesso dei germi che la affliggono.**

Roma, 22 aprile 2020

Piero Gaeta e Pasquale Fimiani