

Gestione del rischio

La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario

di Alberto Gargani (*)

L'emergenza Covid-19 ha posto la questione dei profili di responsabilità penale correlati alle modalità di gestione del rischio epidemia in ambito sanitario. A fronte della richiesta di "scudi penali", si pone la necessità di verificare sia il "rischio penale" cui potrebbero andare incontro medici, infermieri, dirigenti sanitari e titolari di funzioni politico-amministrative, sia i modi in cui il soverchiante condizionamento del contesto emergenziale potrebbe essere valutato in sede di accertamento della responsabilità di tali soggetti.

Covid-19 emergency raises the question of criminal liability related to the risk management of epidemic. In view of the increasing demand for an exemption from punishment, there is a need to consider the 'criminal risk' that could involve doctors, nurses, health administrators and politicians and the ways through which the heavy influence of emergency context could be evaluated when ascertaining the liability of such subjects.

I riflessi penali delle modalità di gestione dell'emergenza sanitaria

Come è noto, anche a seguito delle denunce presentate dai congiunti di soggetti contagiati per il trattamento ricevuto o per il suo esito, sono state avviate indagini conoscitive volte ad accertare carenze dal punto di vista medico, infermieristico e assistenziale nella gestione del contagio e a fare luce su eventuali responsabilità penali nella diffusione del virus nelle strutture sanitarie. Si ipotizza che l'elevato numero di eventi avversi che si è registrato in alcuni ospedali e in case di cura o di riposo dipenda da errori, omissioni o ritardi che avrebbero cagionato la diffusione del c.d. Covid-19. Particolare risalto è stato dato alle inchieste promosse da alcune Procure della Repubblica del Nord Italia in riferimento all'eccezionale aumento di decessi in alcune Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA), con le prime iscrizioni nei confronti delle rispettive Direzioni Generali. Si sospetta che alla base dei focolai epidemici riscontrati in ambito sanitario-assistenziale e dell'elevato numero di decessi vi

siano comportamenti - penalmente rilevanti - tenuti da soggetti chiamati - a vari livelli - a contrastare la diffusione e la letalità del virus.

Come è stato sottolineato in dottrina, l'incessante produzione di norme cautelari (di fonte legislativa, governativa, ministeriale, regionale e locale) ha determinato un tale "incredibile aumento delle persone coinvolte nella gestione dell'emergenza sanitaria" da far sì che ogni soggetto titolare di una qualsivoglia responsabilità sia "divenuto portatore di specifici obblighi cautelari che lo espongono inevitabilmente a rischi penali, non solo ma in specie a carattere omissivo" (1). Sono state, in effetti, ipotizzate responsabilità di natura sostanzialmente omissiva (2), incentrate su fattispecie - perlopiù, colpose - di lesioni personali, omicidio ed epidemia. Quest'ultima figura delittuosa è stata ritenuta configurabile in riferimento alla mancata adozione di presidi volti a impedire o contenere la diffusione del virus e alla violazione delle misure di quarantena da parte di soggetti 'positivi' (art. 4, comma 6, D.L. 25 marzo

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in questa *Rivista*, 2020, 449.

(2) Cfr., ad es., L. Picotti - R. Flor, *Emergenza Covid-19 e responsabilità del personale medico-sanitario*, in *www.univr.it* (6 aprile 2020), 1 ss.

2020, n. 19, conv. in L. 22 maggio 2020, n. 35). Non si pu  qui fare a meno di criticare la posizione di quanti, dimentichi della forma *vincolata* imposta dal legislatore al delitto di evento (di pericolo comune) in esame, tendono a fondare quest'ultimo esclusivamente sull'elevato livello di diffusivit  del virus Covid-19 ovvero sul pericolo del contagio di pi  persone (3). Se fosse accolta l'idea che il singolo contagiato possa rispondere di epidemia per il solo fatto di avere messo in pericolo l'altrui vita o salute collettiva, a prescindere dalla prova dell'effettiva trasmissione del virus, si finirebbe per fomentare l'incontrollabile (e ingestibile) applicazione esponenziale della fattispecie, con il conseguente svilimento della fondamentale portata *causale* - e, per cos  dire, *iniziatrice* (rispetto ad un dato territorio) - impressa alla condotta tipica dal legislatore. In definitiva, secondo la lettura "emergenziale" dell'art. 438 c.p., "causare un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni" (4) equivarrebbe a "causare il pericolo di trasmissione di germi patogeni". A prescindere dall'evidente diversit  di disvalore tra le due ipotesi, si trascura il fatto che l'art. 438 c.p. non richiede soltanto la prova dell'effettiva trasmissione a pi  persone del germe patogeno, con contestuale pericolo di ulteriore propagazione del virus, bens  presuppone la *signoria* dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico. Un requisito selettivo - quello del "*dominio originario*" - rispecchiato dai livelli edittali e prescindendo dal quale le difficolt  di accertamento del nesso eziologico - richiesto dalla norma - si rivelano di fatto insormontabili.

Le possibili chiavi di lettura giudiziaria

A fronte di un contesto emergenziale senza precedenti, tali e tanti sono - almeno "sulla carta" - i "gestori del rischio" Covid-19 da rendere imprevedibili quelle che saranno in concreto le modalit  di governo *giudiziario* dei profili di responsabilit  penale correlati a condotte tenute in ambito sanitario (5). Schematizzando, due appaiono le "letture" giudiziarie destinate a interagire problematicamente. L'una,

di ispirazione *vittimologica*, potrebbe optare a favore dell'applicazione estensiva di fattispecie, categorie e nessi di imputazione, sulla base dell'asserita necessit  di adeguamento normativo al numero e alla gravit  eccezionali degli eventi avversi e al rango dei beni coinvolti; l'altra, in chiave di *garanzia*, potrebbe privilegiare l'antitetica esigenza di contenimento dell'intervento repressivo, in ossequio al principio di personalit  della responsabilit  penale, sotto il profilo della rimproverabilit  individuale e dell'esigibilit  di una condotta alternativa.

Per un verso, di fronte a fatti di eccezionale gravit , si potrebbe muovere alla "ricerca di responsabili ad ogni costo" (6) su cui far gravare la drammatica crisi sanitaria, facendo ricorso ad inediti parametri ascrittivi della responsabilit  penale, incentrati sulla *flessibilizzazione* dei parametri di accertamento degli elementi del reato e sull'*attenuazione* del rigore della prova, con la colpevolizzazione di livelli - quelli politico-amministrativi - tradizionalmente immuni o, comunque, finora soltanto eccezionalmente interessati da interventi punitivi.

Per altro verso, il rischio della creazione di "capri espiatori" potrebbe essere evitato attraverso l'adeguata valutazione della soverchiante influenza esercitata dalla dimensione *sistemica* dell'emergenza sulle condotte individuali, sotto il profilo del *deficit* conoscitivo-esperienziale e dei limiti sul piano organizzativo e preventivo (7). In sede di accertamento delle responsabilit , non si potr  non tenere conto del fatto che, in alcune regioni, i singoli operatori e gestori si sono trovati a fronteggiare una situazione *extra ordinem*, un "rischio largamente sconosciuto" (8), in un *contesto* caratterizzato dall'evidente *sproporzione* tra necessit  e risorse disponibili (carenza di dispositivi individuali di protezione, insufficienza di strumenti ed apparecchi di ventilazione forzata, indisponibilit  di posti letto nei reparti di terapia intensiva e pneumologia, limitatezza di strumenti diagnostici, ecc.) (9).

Come   stato sottolineato in dottrina, il problema cruciale con il quale il giudice dovr  misurarsi non   tanto quello delle *speciali difficolt * dell'intervento

(3) In senso critico, v. G.A. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realt '*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. med. leg.*

(4) V., ad es., E. Perrotta, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilit  individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 179 ss.

(5) Cfr. *Responsabilit  medica e Covid 19*, Intervista a C. Cupelli e G. Travaglino, in *www.giustiziainsieme.it*.

(6) V. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilit  colposa*, in *www.sistemapenale.it* (26 aprile 2020), 3.

(7) V. M. Landolfi - A. Franchi, *L'emergenza COVID-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in *www.penaledp.it* (18 aprile 2020), 4 ss.

(8) F. Palazzo, *Pandemia*, cit., 4.

(9) Cfr. G. Losappio, *Responsabilit  penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *www.giurispudenzapenale.com*, 11.

sanitario (sottoposto a procedure vincolate), quanto, piuttosto, quello del *contesto* straordinario ed eccezionale in cui la prestazione sanitaria   richiesta. Un aspetto - quello della netta *sproporzione* tra risorse umane e materiali disponibili e numero di pazienti (10) - la cui considerazione   destinata a riverberarsi su molteplici piani: da quello concernente l'impiego di operatori sanitari privi di specifica esperienza e specializzazione nel settore (conseguente al ricorso su base volontaria a medici non specializzati rispetto al tipo di prestazione attesa) a quello inerente al parziale "sacrificio" di relazioni terapeutiche non attinenti al Covid-19, di fatto "subvalenti" rispetto all'esigenza primaria di contenimento dell'epidemia. In molti casi, il limite delle risorse disponibili in termini strutturali-organizzativi e il *deficit* di soggetti adeguatamente qualificati e disponibili *hic et nunc*, si sono rivelati tali da precludere in concreto la possibilit  di assicurare a tutti un livello adeguato di cure (11).

La tutela degli operatori sanitari dal rischio penale: soluzioni *de jure condendo*

Il *rischio penale* incombente sul personale sanitario chiamato a pi  livelli a fronteggiare la crisi pandemica   stato oggetto di analisi e valutazioni tendenti a differenziare la posizione degli *operatori sanitari* da quella dei *titolari di poteri di gestione o di amministrazione*. Mentre rispetto ai primi, in considerazione della congiuntura emergenziale e dello sforzo profuso, prevalgono impostazioni inclini all'esclusione o alla delimitazione della sfera di responsabilit  penale, una minore comprensione o tolleranza si   registrata rispetto all'operato dei dirigenti sanitari e dei vertici politico-amministrativi.

Prendendo le mosse dal *personale medico e paramedico* e, dunque, dalle posizioni di garanzia fondate sulla c.d. relazione terapeutica o assistenziale, alla conclusione della tendenziale esclusione di margini di responsabilit  penale si perviene sulla base di due percorsi argomentativi, divergenti in ordine alla necessit  dell'introduzione di una disciplina *ad hoc* - o, comunque, di una riforma - volta a porre gli operatori sanitari al riparo dal rischio di iniziative e condanne in sede penale. Le proposte, variamente articolate, di predisposizione del c.d. "scudo penale"

mirano ad introdurre un'esenzione da responsabilit  di carattere temporaneo od eccezionale, speculare alla contingenza emergenziale rappresentata dall'epidemia da Covid-19. Si tratta di un'opzione criticabile, nella misura in cui trasmette l'idea che l'ordinamento penale non sia attrezzato a fronteggiare lo stato di emergenza e che si renda necessario garantire immunit  rispetto a condotte colpose diffuse (se non seriali). Come   stato osservato, l'ipotetico "scudo" si iscriverebbe, infatti, all'interno di un *diritto penale emergenziale di favore* che sarebbe percepito dalla collettivit  come la "deriva verso uno *stato di eccezione* determinato dal fatto che infermieri e medici stiano in questo momento sistematicamente commettendo degli illeciti e che vadano 'coperti', rispetto a generali colpe professionali rispetto alle quali dovrebbero essere 'dichiarati impuniti' con una sorta di *amnistia preventiva*" (12).

Di un'indiscriminata e livellante esenzione dalla punibilit  finirebbero per beneficiare irragionevolmente anche coloro i quali si siano resi responsabili di gravi omissioni o ritardi, facilmente evitabili nonostante l'emergenza (come potrebbe essere avvenuto in alcuni casi concernenti le R.S.A.). Sempre in prospettiva di riforma, altri hanno tratto spunto dalla crisi emergenziale per evidenziare le criticit  della disciplina vigente e auspicare un intervento legislativo *ad hoc* - incentrato sulla definizione di "colpa grave", in cui trovi spazio la considerazione dei fattori contestuali e delle "peculiarit  della medicina dell'emergenza pandemica" - finalizzato alla previsione di uno statuto penale *ad hoc* inerente alla "gestione organizzativa, clinica e assistenziale" del rischio Covid-19 (13).

Secondo un'ulteriore impostazione, il paventato rischio di "capri espiatori" potrebbe, invece, essere scongiurato mediante un intervento legislativo di carattere *generale*, finalizzato a porre rimedio all'ineadeguatezza della formulazione dell'art. 590 *sexies* c.p. rispetto a casi - come quelli del Covid-19 - non riconducibili a linee guida o a "buone pratiche" sufficientemente consolidate. Si ritiene che l'obiettivo dell'ampliamento dell'area di non punibilit  possa essere conseguito dal legislatore circoscrivendo l'ambito di responsabilit  penale degli operatori sanitari ai soli casi di *colpa grave*, attraverso una clausola generale

(10) Cfr. E. Scoditti - G. Battarino, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilit  sanitaria*, in www.questionegiustizia.it, 8.

(11) V. C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it (30 marzo 2020), 10.

(12) E. Scoditti - G. Battarino, *Decreto-legge n. 18/2020*, cit., 6.

(13) C. Cupelli, *Emergenza Covid-19*, cit., 15; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilit  penale*, in www.la legislazionepenale.eu, 9 ss.

riabilitativa del disposto dell'art. 2236 c.c. (14), suscettibile di trascendere l'attuale distinzione - ritenuta artificiosa, arbitraria o impraticabile - tra imperizia, imprudenza e negligenza.

Soluzioni *de jure condito*

Altri, invece, ritengono che, per evitare eccessi punitivi, non sia necessario prevedere forme *ad hoc* di irresponsabilit  degli esercenti la professione sanitaria, essendo a tal fine sufficiente e, al contempo, doveroso applicare i principi generali e la disciplina vigente.

Da una parte, si confida nel fatto che, nella maggior parte dei casi, attraverso il riconoscimento della legittimit  o giustificabilit  delle condotte, si giunger  all'esclusione della punibilit  degli operatori (15).

Dall'altra, vengono sottolineate le rilevanti - e, talora, insormontabili - criticit  probatorie cui andrebbe incontro il giudice in sede di accertamento di responsabilit  individuali correlate a determinati errori in danno dei malati di Covid-19 (16). *In primis*, sotto il profilo della dimostrazione del nesso eziologico tra condotta del sanitario ed evento avverso (lesione personale o morte) fatalmente esposta all'intrinseca difficolt  di esclusione di decorsi causali alternativi e di ricostruzione della 'catena' dei contagi. Come insegna l'esperienza giurisprudenziale in tema di responsabilit  da infezione ospedaliera, il tentativo di individuare in sede processuale i singoli comportamenti causalmente efficienti si traduce, il pi  delle volte, in una *probatio* (pressoch ) *diabolica*, tenuto, altres , conto della diffusivit  del virus, delle dinamiche temporali di incubazione e della frequente impraticabilit  di esami autoptici che caratterizzano il caso di specie. In secondo luogo, si sottolinea come la prova della colpevolezza del sanitario sconterebbe non pochi problemi in punto di efficacia del comportamento alternativo lecito e di misura soggettiva della colpa (17). In altri termini, date le modalit  di trasmissione del virus e i persistenti *deficit* cognitivo-esprienziali, l'attenta applicazione dei principi e delle regole di sistema finirebbe per rendere - di

fatto - *indimostrabili* i presupposti di quella responsabilit  penale che si   voluto adombrare a carico dei garanti chiamati a contrastare "in prima linea" l'emergenza epidemica.

Se dal piano del *dover essere* passiamo, per , alla *fenomenologia* giudiziaria della prova del nesso di causalit  e dell'accertamento della c.d. colpa medica, la fiducia riposta nella fisiologica capacit  "immunizzante" offerta da principi e criteri di imputazione si rivela meno fondata del previsto. La prassi applicativa ci offre innumerevoli esempi di "flessibilizzazione" adattiva dei coefficienti di imputazione, assiologicamente fondata sul rango primario dei beni in gioco e strumentale al soddisfacimento di aspettative sociali di repressione. Da un lato, le accennate difficolt  in punto di verifica della causalit , correlate alle valutazioni e agli standard imposti dalla c.d. sentenza Franzese, si prestano ad essere agevolmente eluse e superate tramite la mirata valorizzazione dell'aumento del rischio, nell'ampia cornice del libero convincimento del giudice; dall'altro, la declinazione *estraniante* del parametro dell'*agente modello* (tuttora in attesa di essere adeguato alle istanze costituzionali di personalizzazione e individualizzazione della responsabilit  penale) si candida a fungere da strumento di convalida della rimproverabilit  della presunta *malpractice*.

Aldil  delle oggettive difficolt  di prova e dell'improbabile ricorso ad "un imperscrutabile 'giudizio di equit '" (18) foriero di inevitabili disparit  di trattamento, si pone la necessit  di verificare se non sia possibile individuare categorie e nessi di imputazione in grado di fornire "un adeguato strumento di valutazione delle emergenze 'contestuali' e personali" (19), che caratterizzano l'esperienza Covid-19. Criteri di qualificazione delle condotte sanitarie atti a valorizzare i presidi di garanzia offerti dalla teoria del reato.

Il dibattito sulle possibili cause di irresponsabilit  degli operatori sanitari

La ricerca "salvifica" di anticorpi o di antidoti con cui fronteggiare l'eventuale messa sotto accusa di

(14) V., ad es., M. Caputo, *La responsabilit  degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsit  di risorse*, in AA.VV., *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, a cura di G. Forti, Milano, 2020, 111; sul tema, in generale, v. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari"*, in www.lagegislazionepenale.eu, 1 ss.

(15) V., R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in www.sistema-penale.it, 12 s.; M. Caputo, *Logiche e modi di esecuzione della*

responsabilit  penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria, in www.lagegislazionepenale.eu, 6 ss.; L. Riscato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in www.discrimen.it, 3 ss.

(16) V. A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., 451.

(17) Cfr. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., 13.

(18) Cfr. A. Roiati, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in www.archiviopenale.it, 24.

(19) C. Cupelli, *Emergenza Covid-19*, cit., 14.

operatori sanitari in rapporto all'emergenza epidemica   stata sinora condotta in due direzioni.

La tendenza dominante  , come accennato, quella volta a polarizzare l'attenzione sul profilo soggettivo, limitando la responsabilit  dei sanitari al dolo o alla colpa grave, in considerazione sia delle speciali difficolt  in cui i predetti soggetti sono stati chiamati ad operare, sia del dominio della colpa "generica" ("senza regole") (20). La straordinariet  della situazione   stata, dunque, valorizzata, soprattutto, sul piano della c.d. *colpa medica* e, in particolare, del *grado* della stessa, dando, per certi versi, "per scontato" che il comportamento inosservante sia penalmente rilevante e antigiusuridico.

Secondo un diverso orientamento, la restrizione della responsabilit  del personale sanitario ai casi di colpa grave varrebbe "per i contesti di normalit  in cui si verificano situazioni complesse", ma non per la peculiare situazione di emergenza in esame, considerata "una sorta di perdurante stato di necessit  che elimina la possibilit  di adempiere secondo le cautele dovute": la permanente situazione di emergenza "necessitante" comporterebbe l'esclusione di qualunque responsabilit , anche in caso di colpa grave (21). La configurabilit  della scriminante dello stato di necessit  viene, altres , evocata in riferimento sia ai sanitari chiamati a svolgere i propri compiti in difetto di adeguati presidi sanitari (con il conseguente venir meno del dovere giuridico di esporsi al pericolo) (22), sia al conflitto di doveri davanti al quale   stato posto il medico impossibilitato a prestare adeguate cure a tutti i pazienti che avrebbe dovuto assistere, a causa della propria condizione soggettiva, aggravata dalla scarsit  di risorse (23).

A prescindere da alcune perplessit  di fondo in ordine all'ammissibilit  dello stato di necessit  in ambito sanitario (tenuto conto anche dell'accennata previsione inerente al dovere giuridico di esporsi al pericolo), si tratta di verificare se siano ipotizzabili ulteriori (e pi  lineari) percorsi valutativi, idonei a dimostrare ora l'irrelevanza penale, ora il difetto di colpevolezza delle condotte tenute nel contesto emergenziale da sanitari chiamati a rispondere - in forma monosoggettiva ovvero concorsuale - di eventi avversi in danno di malati o ricoverati, in dipendenza dell'erronea gestione del rischio Covid-19. A tal fine, si dovr  tenere conto di due esigenze interdipendenti:

quella di evitare generalizzate ed aprioristiche esenzioni da responsabilit  e quella di tenere conto della variabilit  spazio-temporale dei livelli di emergenza, suscettibili di manifestarsi con diversa intensit , gravit  e durata. Da qui la scelta a favore di una ricostruzione che, privilegiando il "gradualismo" delle cause di *irresponsabilit *, sia suscettibile di adattarsi al diverso atteggiarsi del *contesto* emergenziale e alle possibili dinamiche evolutive di quella che nel nostro Paese si   rivelata un'epidemia "a geometria variabile".

L'esclusione della tipicit  del fatto: dalla forza maggiore al difetto di poteri impeditivi dell'evento

Valorizzando i richiami - operati dalla dottrina in riferimento all'emergenza sanitaria - al principio di inesigibilit  ("*ad impossibilia nemo tenetur*"), vale la pena di verificare se, laddove riscontrata, l'impossibilit  materiale dell'operatore di conformare la propria condotta alle aspettative dell'ordinamento giuridico non sia tale da integrare gli estremi della *forza maggiore*. In linea con l'innovativa impostazione dottrinale volta a collegare quest'ultima fattispecie - in forma esclusiva - all'ambito omissivo, si potrebbe, infatti, giungere alla conclusione che l'adempimento dell'obbligo terapeutico od assistenziale sia stato reso impossibile dalla situazione emergenziale, "tale da rendere inefficaci gli sforzi pur doverosamente esplicati, volti a salvaguardare l'interesse tutelato" (24). Il principio "*ultra posse nemo tenetur*" si rivela in grado di rischiarare un ulteriore e cruciale aspetto - rimasto, per la verit , in ombra nel dibattito attuale - rappresentato dai riflessi del contesto emergenziale sulla posizione di garanzia dell'operatore sanitario. Se, come   stato autorevolmente sostenuto, pi  che alla "logica" delle scriminanti, l'intervento sanitario deve essere correlato al dovere di agire ovvero "al riconoscimento in capo al soggetto che lo esegue di una specifica 'posizione di garanzia' (...), finalizzata alla salvaguardia del bene dell'altrui salute" (25), si tratta di verificare se l'omesso impedimento dell'esito avverso possa effettivamente assumere rilevanza ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

L'evidente, drammatico, *squilibrio* tra necessit  e risorse disponibili (organizzativo-strutturali e soggettive) che qualifica la crisi sanitaria in atto si presta ad

(20) V. F. Palazzo, *Pandemia*, cit., 3 s.

(21) R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., 13.

(22) A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, cit., 450.

(23) Cfr. G. M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilit  penali in ambito sanitario. riflessioni a cavaliere tra "scelte*

tragiche" e colpa del medico, in *Sist. pen.*, 5, 2020, 10 s.; R. De Vita - A. Laudisa - M. Della Bruna, *La solitudine del medico tra etica e responsabilit  giuridica*, in *www.devita.law* (16 aprile 2020), 18.

(24) V. G.A. De Francesco, *Diritto penale, Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 231.

(25) V. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 357 ss.

essere, anzitutto, considerato in rapporto all'effettiva capacità del garante di *prevenire* l'instaurarsi di decorsi causali idonei a sfociare nell'evento tipico (26).

I sanitari chiamati ad intervenire in condizioni di straordinaria urgenza e necessità hanno avuto la possibilità di *prevenire* il concreto evolversi delle circostanze verso il risultato lesivo? Se, la posizione giuridica di garanzia non si esaurisce nel mero dovere di agire, bensì presuppone il potere di attivarsi in senso impeditivo, si dovrà verificare caso per caso che l'operatore sanitario - "garante" della salute e della vita del contagiato bisognoso di cure - abbia avuto la concreta possibilità di contrastare la situazione di pericolo.

L'impossibilità tecnica e materiale (dovuta, ad es., all'indisponibilità di strumenti di rianimazione) del destinatario dell'obbligo di garanzia di intervenire nella specifica situazione in cui si attende l'azione impeditiva si traduce nel difetto di poteri *preventivi* e, conseguentemente, nell'impossibilità di ritenere l'evento dannoso *impedibile* da parte del sanitario. Si pensi all'elevato numero di infetti gravi con complicazioni respiratorie, ai ritmi ed impegni insostenibili di lavoro (sovente trascendenti le personali specializzazioni, esperienze e competenze), allo stress e allo stato di particolare stanchezza con *deficit* di attenzione, alla carenza di dispositivi di protezione individuale, che hanno caratterizzato il *modus operandi* dei sanitari nelle fasi più acute dell'emergenza. All'eccezionale difetto o insufficienza di poteri impeditivi dipendente dal drammatico e perdurante squilibrio tra necessità di cure e risorse sanitarie disponibili si collega, altresì, il delicato profilo delle c.d. "scelte tragiche" fra pazienti con diverse speranze e possibilità di sopravvivenza ovvero la decisione sul chi ammettere e su chi escludere da trattamenti intensivi (27). Al fine di inquadrare meglio uno dei risvolti più sconvolgenti (e denso di implicazioni etiche) dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, è utile ricordare la metodologia scientifica di individuazione delle priorità assistenziali (c.d. *triage*) basata sulle condizioni dei pazienti (28): un processo, complesso e dinamico, di valutazione, qualificazione e selezione destinato ad assumere particolare rilievo,

soprattutto, nelle situazioni di grande emergenza, allorché le risorse sanitarie disponibili si rivelino insufficienti "a fornire una risposta completa e contestuale" (29). Nella misura in cui implica un intervento selettivo (preceduto dalla valutazione dell'insieme dei pazienti secondo criteri scientificamente attestati), il *triage* si traduce in una "contestualizzazione dell'intervento che ne muta il carattere e la valutazione giuridica": come è stato osservato, "nella situazione di emergenza l'assunzione e lo sviluppo dell'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi assume come punto critico l'intervento non immediato a fronte di potenzialità lesive" (30). In sede di valutazione giuridica degli esiti lesivi e, in particolare, della responsabilità omissiva dei garanti, si dovrà, dunque, tenere conto del *contesto* in cui si è reso necessario il *triage*, in dipendenza del numero delle persone bisognose di cure e delle effettive risorse disponibili. In ben pochi casi, d'altra parte, appare in concreto percorribile la soluzione alternativa - tradizionalmente prescritta dal diritto vivente - del ricorso a risorse umane e materiali di strutture sanitarie ubicate altrove: soprattutto nel nord Italia, il grado di diffusività del virus è stato così eccezionale da allargare progressivamente l'area emergenziale. Un contesto sistemico di grave carenza (c.d. *shortage*) delle risorse sanitarie, di cui non si potrà non tenere conto in sede di valutazione delle reali possibilità di trasferimento dei pazienti bisognosi di cure intensive. La mancanza di attrezzature sanitarie e nella quantità necessaria a fronteggiare la crisi pandemica ha, dunque, dato luogo ad una crisi non meramente clinica ma, soprattutto, *sanitaria*, in cui ha assunto un peso preponderante la limitatezza delle risorse. Un fattore suscettibile di incidere ora sulla valutazione della concreta possibilità di un'alternativa comportamentale, ora sul giudizio di impedibilità dell'evento.

Un'occasione per la *soggettivizzazione* del giudizio di colpa medica: la valutazione dell'"*eadem condicio*"

In via subordinata, il peculiare *contesto* cui si è fatto poc'anzi riferimento potrebbe assumere un ulteriore e diverso rilievo nell'ambito dell'accertamento della

(26) *Ex multis*, v. F. Giunta, *La fattispecie oggettiva del reato omissivo improprio: la posizione di garanzia*, in questa *Rivista*, 1999, 623.

(27) In tema, v. G.M. Caletti, *Emergenza pandemica*, cit., 7 ss.

(28) In proposito, v. "Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva, Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse

disponibili" (6 marzo 2020; in www.siaarti.it), nonché "Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica", a cura del Comitato nazionale per la bioetica (9 aprile 2020).

(29) G. Battarino, *Risposta all'emergenza sanitaria e triage. Appunti per una lettura penalistica*, in www.questionegiustizia.it, 2.

(30) G. Battarino, *Risposta all'emergenza*, cit., 3.

colpevolezza e, in particolare, in sede di valutazione delle situazioni “capaci - secondo il parametro dell’agente modello *eiusdem condicionis et professionis* - di rendere inesigibile nel caso concreto il comportamento conforme alla regola medica” (31). Pur nella consapevolezza della riduttiva considerazione tradizionalmente riservata dalla giurisprudenza alla c.d. *misura soggettiva della colpa*, è possibile che - nel caso Covid-19 - del dato emergenziale si possa finalmente tenere conto in sede di valutazione delle *condizioni* ambientali, operative e organizzative in cui l’operatore sanitario è stato chiamato a svolgere la propria attività (32).

Come è noto, il profilo delle *carenze strutturali od organizzative* è stato finora affrontato dalla giurisprudenza sul presupposto che l’esclusione della responsabilità dell’operatore sanitario debba essere subordinato alla verifica della possibilità di incidere sulle predette carenze o di trasferire tempestivamente il paziente in reparti o in strutture più idonei: il giudizio di colpa deve, dunque, estendersi, alla considerazione delle risorse della struttura di appartenenza e di quelle attingibili *aliunde* (con il rischio di una residuale colpa per assunzione) (33). La dottrina ha evidenziato la tendenza prasseologica a polarizzare verso il basso la responsabilità per difetto di organizzazione, nonostante il più delle volte l’operatore sanitario non disponga di poteri di intervento gestionale (34). Ebbene, quello dei criteri di imputazione di esiti avversi - correlati allo svolgimento dell’attività sanitaria in simili condizioni - è un aspetto destinato ad essere profondamente riconsiderato all’indomani della crisi epidemica. La diffusa interpretazione ipernormativa ed *assolutizzante* del parametro dell’agente modello (sovente concepito come miglior agente immaginabile) dovrà inevitabilmente “fare i conti” con la necessità - imposta dalla straordinarietà del contesto emergenziale - di prendere in considerazione il peso e il condizionamento delle peculiari *condizioni* personali, ambientali ed organizzative sottese alla condotta inosservante. In definitiva, una valutazione - estrinseca rispetto a quella della perizia medica - concernente il *contesto* in cui la prestazione viene resa (35).

La posizione dei direttori di reparto ospedaliero e l’obbligo di sicurezza incombente sulla dirigenza sanitaria

Occorre, a questo punto, rivolgere lo sguardo alla posizione dei medici in posizione apicale (c.d. primari), che, in quanto posti al vertice di strutture complesse, risultano titolari di funzioni di direzione, indirizzo e vigilanza sulle prestazioni dei medici dai medesimi dipendenti (si pensi, ad es., alla programmazione dei criteri di lavoro). Si tratta di attribuzioni “ibride”: queste figure soggettive di livello intermedio rappresentano, infatti, l’anello di congiunzione tra dimensione operativo-esecutiva e dimensione aziendale (36). In sede di valutazione di eventuali responsabilità penali dei primari di reparto, si dovrà tenere conto, da un lato, dell’innovativo valore di *delega di funzioni impeditive dell’evento* che la giurisprudenza attribuisce all’assegnazione dei pazienti in capo al medico in posizione subalterna (37) e, dall’altro, del fatto che, stante il difetto di poteri-doveri gestionali e di spesa, sul piano penale la posizione di questi soggetti non è assimilabile a quella del *datore di lavoro*. In questo senso, gran parte delle considerazioni svolte in ordine al peculiare *contesto* emergenziale in cui i medici sono stati chiamati a svolgere la propria attività appare - *mutatis mutandis* - estensibile anche ai dirigenti di struttura medica.

Passando alla considerazione del rischio penale incombente sui *dirigenti sanitari*, occorre rilevare che, quali titolari di poteri-doveri di gestione, vigilanza e organizzazione tecnico-sanitaria, tali soggetti sono considerati responsabili dell’organizzazione complessiva dell’ospedale, clinica o casa di cura. A questo livello, ad assumere rilievo non è soltanto l’aspetto terapeutico-assistenziale, ma anche quello della tutela del personale medico-sanitario e dei pazienti dall’elevatissimo rischio-contagio. In primo piano, si pongono l’omessa adozione o la carenza di misure preventive (ad es., l’isolamento dei malati, la sanificazione ambientale, la disinfezione degli strumenti medici riutilizzabili, ecc.) ovvero la mancata predisposizione e attuazione di protocolli atti a contenere la diffusione del virus. Il

(31) F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1229.

(32) In tema, v. M. Caputo, *La responsabilità degli operatori sanitari*, cit., 109 ss.

(33) Sull’*eadem condicio* e sull’origine organizzativa degli eventi avversi, v. M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 203 ss.

(34) R. Bartoli, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, 795.

(35) Sulla “colpa senza regole” alla base di tale situazione, v. F. Palazzo, *Pandemia*, cit., 4.

(36) *Amplius*, v. G. Fiorinelli, *La dimensione organizzativa della professione sanitaria, tra categorie della responsabilità medica e paradigmi del diritto penale d’impresa*, in *Cass. pen.*, 2019, 2569 ss.

(37) V. Cass., Sez. IV, 21 giugno 2017, n.18334, in *DeJure*.

fatto che le strutture di ricovero e cura, nonché quelle di assistenza, pubbliche o private, rientrano nell'ambito della normativa inerente ai luoghi di lavoro e debbano quindi risultare conformi agli standard e ai requisiti di cui al D.Lgs. n. 81/2008, in rapporto ai molteplici e complessi rischi sottesi a tali attività, dischiude, in astratto, molteplici margini di potenziale responsabilità penale in relazione a focolai epidemici derivanti da *deficit* prevenzionistico-cautelari. Nel contesto dell'obbligo di sicurezza nelle aziende sanitarie, al direttore generale della struttura sanitaria quale *datore di lavoro* (38), potrebbe, infatti, essere addebitato l'omesso impedimento di decessi e lesioni personali di cui siano stati vittime non solo medici, infermieri e assistenti, ma - sulla falsariga della crescente tendenza ad estendere la portata dell'obbligo di sicurezza alla vita, incolumità e salute di terzi presenti nel luogo di lavoro - anche i ricoverati e gli assistiti (un dato, quest'ultimo, rilevante rispetto alle modalità di gestione del rischio contagio in seno alle RSA) (39). In considerazione dei poteri-doveri di concreta gestione e organizzazione, al *top management* potrebbe essere rimproverata l'omessa o insufficiente predisposizione - a livello organizzativo e strutturale - di misure di prevenzione e di sicurezza: si pensi alla questione "tamponi" oppure all'esigenza, inevasa, di dotare gli operatori degli indispensabili presidi a garanzia della loro incolumità (un dato quest'ultimo destinato a escludere profili di responsabilità correlati all'eventuale rifiuto o interruzione del servizio da parte di operatore privo di dispositivi di protezione, in rapporto all'assistenza di un sospetto "positivo").

Vale la pena, inoltre, di ricordare come i profili di responsabilità potrebbero da un lato, trascendere la dimensione meramente *individuale*: la contestazione dei reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime commessi con violazione di norme antinfortunistiche potrebbe, infatti, indurre i P.M. a ipotizzare la configurabilità - a carico degli enti sanitari *privati* (quali, ad es., sono, perlopiù, le RSA) - dell'illecito *amministrativo* di cui all'art. 25 *septies*, D.Lgs. n. 231/2001. Per altro verso, nella prospettiva di tutela di soggetti vulnerabili, potrebbero assumere rilievo ulteriori imputazioni.

Facendo leva sull'anomala nozione giurisprudenziale di "malattia-infortunio" e sulla problematica equiparazione normativa del contagio da virus Covid-19 all'"infortunio sul lavoro", l'omessa dotazione di dispositivi individuali di protezione potrebbe, infatti, rilevare di per sé, a prescindere da esiti lesivi, ai sensi dell'art. 437 c.p. (40).

Avuto riguardo all'emergenza epidemica - e, in particolare, alle sue drammatiche manifestazioni nell'ambito delle RSA - non vi è dubbio che quello della dirigenza sanitaria debba considerarsi il livello maggiormente esposto al *rischio penale*. Lo dimostra l'andamento della discussione in ordine all'estensibilità ai soggetti apicali di eventuali clausole di esenzione da responsabilità (c.d. *scudi legali*), in correlazione al contagio contratto nella struttura sanitaria (41). La prevalente idea, secondo cui predetta esenzione darebbe luogo ad un'irragionevole impunità, ad un ingiusto privilegio, riflette la diversa percezione etico-sociale della posizione di responsabilità dei dirigenti sanitari rispetto a quella degli operatori medici e paramedici: una *distinctio* suscettibile di omologhi sviluppi in sede giudiziaria.

Non devono, peraltro, essere sottovalutati alcuni fattori che renderanno, in concreto, quanto meno problematico l'accertamento della responsabilità del *datore di lavoro* sanitario: oltre al decentramento di funzioni, la problematicità della verifica del nesso causale dovuta alla diffusione ubiquitaria del virus e alla molteplicità delle occasioni di contagio (42), la difficoltà di prova dell'evitabilità dell'evento (43). A ben vedere, poi, come è stato opportunamente rilevato, "le condizioni di incertezza, urgenza e carenza di mezzi nelle quali stanno coraggiosamente operando medici ed infermieri sono le stesse anche per chi gestisce ed organizza le strutture sanitarie" (44). Non deve, inoltre, essere trascurato il fatto che la giurisprudenza - tradizionalmente restia ad estendere la responsabilità all'ambito gestorio - tende a considerare il difetto di risorse economiche necessarie a fronteggiare le esigenze terapeutico-assistenziali quale causa di esclusione della responsabilità dei dirigenti sanitari, allorché la mancata evasione di istanze non dipenda da scelte gestionali, ma da

(38) V., ad es., Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2004, n. 7663, G., in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 546 ss.

(39) Sul punto, v. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico*, cit., 7 ss., nonché F. D'Alessandro, *Le vittime vulnerabili al tempo del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in AA.VV., *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, a cura di G. Forti, Milano, 2020, 99 ss.

(40) V. l'art. 42, comma 2, D.L. 18 marzo 2020, n. 18, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. "Decreto Italia").

(41) Sull'obbligo del direttore generale dell'azienda sanitaria di evitare il propagarsi di infezioni all'interno della struttura da lui diretta, v. già Cass., SS.UU., 19 giugno 1996, n. 16, in *Cass. pen.*, 1997, 360.

(42) Cfr. D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in www.legislazionepenale.eu, 1 ss.

(43) Cass., Sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 7783.

(44) M. Landolfi - A. Franchi, *L'emergenza COVID-19*, cit., 7.

valutazioni e responsabilità tipicamente politiche e discrezionali (45). In definitiva, considerata anche la segmentazione e compartimentazione dei poteri-doveri, il tentativo di attribuire a un singolo soggetto *apicale* la responsabilità di un dato evento lesivo sarà tutt'altro che agevole.

L'irresponsabilità istituzionale dei titolari di funzioni di governo e di amministrazione

Siamo, così, giunti alle funzioni di governo del sistema sanità: fino a che punto il giudice penale può sindacare la discrezionalità politico amministrativa nella gestione delle risorse pubbliche? Oltre che con la nota difficoltà di individuare la linea di confine tra responsabilità *politica* e responsabilità *giuridica*, qui si devono fare i conti con "l'area di necessaria discrezionalità politico-amministrativa" (46) che caratterizza il governo e l'amministrazione della sanità. Alla base dell'irresponsabilità penale degli organi politici si pone la *distinctio* normativa tra poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo, demandati agli organi di governo, e poteri di concreta gestione, attribuiti alla dirigenza sanitaria. Com'è stato autorevolmente rilevato, "la istituzionale discrezionalità" delle scelte degli amministratori "non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute: l'errore non è per ciò solo sempre e necessariamente colpevole" (47). La posizione di garanzia e la correlativa responsabilità omissiva che, rispetto alle decisioni e alle modalità di "alta" gestione politica del rischio contagio, qualcuno volesse configurare a carico di sindaci, assessori alla sanità, governatori di regioni e, persino, membri del governo, sul piano giuridico soffrirebbero di un'insanabile genericità ed indeterminazione, oltre che della mancata considerazione del difetto di concreti e attuali poteri impeditivi. Della grave

impreparazione palesata dal sistema sanitario nel fronteggiare l'emergenza Covid-19 i vertici "politici" potranno, semmai, essere chiamati a rispondere in sede *amministrativa* e, soprattutto, sul piano *politico*, in conseguenza della comprovata incapacità di elaborare strategie di gestione della sanità pubblica e privata in grado di corrispondere alle ineludibili esigenze di prevenzione e di sicurezza poste dalla globalizzazione.

Considerazioni conclusive

L'invocazione di "scudi legali" tradisce la scarsa fiducia nella capacità della magistratura inquirente di tenere conto dello specifico contesto emergenziale e di cogliere appieno le profonde differenze rispetto alle *normali* situazioni di urgenza e di difficoltà (48). Considerata la sovra-esposizione mediatico-sociale degli operatori della sanità, ad essere temuto è, soprattutto, l'impatto che la prolungata sottoposizione a procedimenti penali potrebbe provocare sul piano personale e professionale. Un simile rischio, implicato dall'obbligatorietà dell'azione penale, può e deve essere governato prescindendo dall'inadeguato e controproducente ricorso a formule di esenzione dalla responsabilità: per un verso, inidonee ad escludere il sindacato giudiziale sulla loro effettiva applicabilità, per un altro, fatalmente produttive di irragionevoli disparità di trattamento, specie se riferite in via esclusiva a determinati status o funzioni, sulla base di precomprensioni, *lato sensu* ideologiche, in ordine ai soggetti *meritevoli* di solidarietà. Ad uno sguardo d'insieme, in questa delicata temperie, le tensioni e le criticità che l'accertamento delle responsabilità penali in ambito sanitario implica inevitabilmente, possono essere temperate dall'equilibrata ed *illuminata* applicazione dei *principi*. Rifuggendo dalla ricerca - programmatica e *sacrificale* - di "responsabili", così come da aprioristiche forme di "irresponsabilità di posizione".

(45) V. A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 276.

(46) A. Di Landro, *Dalle linee guida*, cit., 282.

(47) F. Palazzo, *Pandemia*, cit., 4.

(48) Cfr. G.A. De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.