

La responsabilità penale del sanitario ai tempi del COVID 19

20 settembre 2021

Matteo Leonida Mattheudakis
matteo.mattheudakis@unibo.it

D.L. BALDUZZI: Art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. l. 8 novembre 2012, n. 189)

1° c. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve
[ABROGATO].

Art. 6, 2° c., l. 8 marzo 2017, n. 24: *All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato.*

Art. 590-sexies c.p. (*“Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario”*), introdotto dal 1° c. dell’art. 6 l. 8 marzo 2017, n. 24 (l. **“Gelli-Bianco”**).

1° c. *Se i fatti di cui agli articoli 589 [omicidio colposo] e 590 [lesioni colpose] sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

2° c. *Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.*

Cass., Sez. un. pen., 21 dicembre 2017 (22 febbraio 2018), n. 8770

Il sanitario è oggi punibile:

«**a)** se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico».

Rovesciando la prospettiva, l'art. 590-sexies c.p. conterrebbe una **causa di non punibilità** applicabile:

in caso di errore qualificabile in termini di imperizia lieve nell'esecuzione di linee guida o buone pratiche correttamente scelte alla luce delle specificità del caso concreto.

La disciplina dell'art. 590-*sexies* c.p. offriva una tutela adeguata ai casi relativi alla gestione dell'epidemia?

Principali limiti:

- difficoltà di incasellare il comportamento concreto in uno schema in generale molto rigido (colpa lieve esecutiva di fonti comportamentali già accreditate);
- inesistenza, almeno inizialmente, di fonti comportamentali dotate di sufficiente (men che meno formale) accreditamento;
- requisito dell'imperizia, di non banale conciliazione con le carenze (es. stanchezza) alla base di una certa quota di eventi avversi dell'epoca pandemica, nonostante la dottrina penalistica la abbia tradizionalmente concepita come la declinazione tecnico-scientifica di negligenza e imprudenza e non un *tertium genus*, che la giurisprudenza ha di fatto trasformato in un genere senza specie.

Linee guida

All'inizio del 2020 solo 3 LG erano state formalmente accreditate:

- *“Emorragia post partum: come prevenirla, come curarla”*;
- *“I controlli alla frontiera. La frontiera dei controlli”*;
- *“La prevenzione degli incidenti domestici in età infantile”*.

Oggi:

-le LG formalmente accreditate sono 43;

-le LG in fase di sviluppo sono 91;

-Le LG in fase di valutazione della qualità sono 22.

<https://snlg.iss.it/?cat=7>

L'imperizia: un «cavallo di Troia» (O. Di Giovine)?

Art. 590-sexies c.p.

2° c. «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando» [...]

Cass., Sez. un. pen., 21 dicembre 2017 (22 febbraio 2018), n. 8770

Riferendosi esemplificativamente alla casistica dell'erronea o ritardata diagnosi: *«una ipotesi da iscrivere, di regola, all'imperizia per inosservanza delle leges artis che disciplinano tale settore dell'attività sanitaria, salvo il caso che il comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo, sicché possa escludersi di essere nel campo della negligenza propria dell'agire del sanitario o specifica di esso e dunque della imperizia»* (§ 6.2).

Nel pronunciarsi sul caso concreto (omessa diagnosi di cauda equina): ratifica della qualificazione dei giudici di merito in termini di **negligenza**.

Cass., IV Sez. pen., 26 aprile 2018 (30 maggio 2018), n. 24384

[...] *«la condotta tenuta dal dott. M., più che un'attività positiva, sarebbe consistita - secondo la stessa Corte di merito - in un'omessa o incompleta diagnosi, accompagnata da una sottovalutazione della sintomatologia che la paziente presentava, dall'omessa prescrizione di accertamenti strumentali a fini diagnostici e dalla prescrizione di un presidio terapeutico generico (clistere). Ciò che sembra semmai ascrivibile in parte al profilo della **negligenza**, in parte, e sotto altro profilo, a quello dell'imperizia»* (§ 5).

L'imperizia: un «cavallo di Troia» (O. Di Giovine)?

Art. 590-sexies c.p.

2° c. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando...

Cass., IV Sez. pen., 16 ottobre 2018 (2 novembre 2018), n. 49884

Cass., IV Sez. pen., 16 novembre 2018 (8 gennaio 2019), n. 412

Stesso passaggio in entrambe le pronunce

«Sono così state troncate, per il futuro, le incertezze verificatesi nelle prassi, anche quella di legittimità, in ordine all'applicabilità della legge n. 189/2012 alle linee guida la cui inosservanza conduce ad un giudizio non di *insipienza tecnico-scientifica (imperizia)* ma di *trascuratezza*, e quindi di *negligenza* (in argomento: Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, Denegri, Rv. 266904). L'art. 590 sexies c.p., si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata imputazione di colpa per imperizia».

L'imperizia: un «cavallo di Troia» (O. Di Giovine)?

Art. 590-sexies c.p.

2° c. Qualora l'evento si sia verificato a causa di **imperizia**, la punibilità è esclusa quando...

Cass., IV Sez. pen., 11 febbraio 2020, n. 15258

*«In tema di colpa, la **perizia** è il connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto, presupponendo quindi la necessità che il compito che il soggetto è chiamato ad assolvere richieda competenze che non appartengono al quivis de populo e che sono tipiche di specifiche professionalità. Ne deriva che, **in linea di massima**, l'agire dei professionisti, e quindi in primo luogo anche dei sanitari, si presta a essere valutato primariamente in termini di perizia/imperizia, dovendosi intendere quest'ultima, quindi, come violazione delle "regole tecniche" della scienza e della pratica (o leges artis). Quanto detto, ovviamente, non esclude che l'evento possa essere stato determinato da un errore originato da **negligenza** o da **imprudenza**, alla cui base vi è cioè la violazione di regole cautelari non "tecniche" bensì attuabili secondo la comune esperienza».*

Il “ritorno” dell’art. 2236 c.c. sulla scena penale

La prova del (parziale) fallimento delle riforme del 2012 e del 2017?

Art. 2236 c.c. (*“Responsabilità del prestatore d’opera”*)

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

Poteva rappresentare uno strumento utile?

Più dell’art. 590-*sexies* c.p., ma la sua storia applicativa è finora scarsa ed è giurisprudenzialmente agganciato all’imperizia, intesa assai restrittivamente.

D.L. 1° APRILE 2021, N. 44

Art. 3-bis Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 [INSERITO DALLA L. DI CONVERSIONE 28 MAGGIO 2021, N. 76]

1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

[...]

D.L. 1° APRILE 2021, N. 44

Art. 3-bis Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 [INSERITO DALLA L. DI CONVERSIONE 28 MAGGIO 2021, N. 76]

[...]

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

PROFILI TEMPORALI

«Durante lo stato di emergenza epidemiologica» [...]

- Applicazione retroattiva (quindi anche a fatti commessi tra il 31 gennaio 2020 e il 28 maggio 2021) della disciplina *ex art. 2 c.p.*
- Ultrattività in caso di verificazione dell'evento dopo la cessazione dello stato di emergenza.

Cass. pen., Sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986

«A fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta».

PROFILI QUALIFICATIVI

-Riferimento normativo limitato ai **soli** «*fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale*».

-Non è inclusa l'**epidemia colposa** (artt. 438-452 c.p.).

-**Non è incluso alcun reato doloso**, quindi, ad esempio, il rifiuto di atti di ufficio (art. 328 c.p.) realizzato negando accertamenti diagnostici o terapie a pazienti come quelli oncologici. Esclusione anche dell'art. 586 c.p. (morte o lesione come conseguenza di altro delitto) come risultato del rifiuto di atti d'ufficio?

-Non sono incluse le c.d. **scelte tragiche**, la cui non punibilità potrà piuttosto derivare dal riconoscimento della sussistenza in concreto di norme come quella sullo stato di necessità.

PROFILI PROFESSIONALI

«fatti [...] commessi nell'esercizio di una professione sanitaria»

Nel sito internet del Ministero della Salute (www.salute.gov.it), l'elenco delle professioni sanitarie si articola in una trentina di voci.

Art. 5 1. "Gelli-Bianco" (8 marzo 2017, n. 24): [...] *«finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale»*.

Le finalità preventive consentono di includere la dirigenza?

Sì, ma una lettura restrittiva, confortata dalla relazione alla legge di conversione, depone per l'applicazione soltanto in favore dei dirigenti sanitari, dotati di un titolo abilitativo e iscritti al relativo albo professionale.

PROFILI CAUSALI

«fatti [...] che trovano causa nella situazione di emergenza»

Affinché il riferimento abbia carattere selettivo, occorre evitare un appiattimento sul profilo temporale della verifica del fatto «*durante lo stato di emergenza epidemiologica*».

Possibilità di applicare la disciplina ai casi di patologie diverse?

È sostenibile riguardo alle patologie causate o aggravate per effetto della priorità accordata al contrasto della pandemia.

Es.: intervento ritardato, con implicazioni pregiudizievoli per il paziente, in ragione della carenza di risorse e personale non impegnati nell'emergenza pandemica.

VALUTAZIONE SUL GRADO DELLA COLPA

«il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità»

[...] «della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate».

Es.: omessa somministrazione di eparina (anticoagulante) quando ancora non era chiaro il meccanismo patogenetico del SARS-CoV-2 attivante coagulopatia.

Precisazione: se non c'erano sufficienti evidenze sul punto è difficile persino ipotizzare una colpa lieve.

VALUTAZIONE SUL GRADO DELLA COLPA

«il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità»

[...] «della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare».

Es.: mancata percezione del peggioramento improvviso dei sintomi di uno dei tanti pazienti COVID-19 per carenza di personale di pronto soccorso per un ottimale monitoraggio.

Precisazione: se il comportamento adeguato era inesigibile, non sembra corretto ravvisare una colpa, nemmeno lieve.

VALUTAZIONE SUL GRADO DELLA COLPA

«il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità»

[...] «del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».

Es.: personale di specializzazione diversa o non ancora specializzato che nel trattare il paziente COVID-19 sottovaluta i sintomi, non contrastando adeguatamente il decorso mortale.

Precisazione: il riferimento normativo vale a limitare ipotesi accusatorie basate sulla colpa per assunzione.

Quello dell'art. 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44 può opportunamente definirsi uno «scudo penale»?

Lascia discutibilmente trasparire l'idea di un privilegio.

La norma afferma invece un principio di equilibrio e di buon senso (alla base anche dell'art. 2236 c.c.), per cui chi lavora in condizioni difficili e pressanti, peraltro a contatto con rischi talvolta non pienamente controllabili, merita maggiore indulgenza.

In quest'ottica è piuttosto una compensazione.

Altrimenti, la fisiologica frequenza dell'evento infausto potrebbe accendere la miccia della medicina difensiva.

La disciplina dell'art. 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44 può considerarsi uno strumento utile?

Sì, in ottica “**deflativa**” (limitazione della punibilità), se si considerano i limiti delle alternative e cioè che:

-l'art. 590-*sexies* c.p. non appare adeguato, soprattutto (ma non solo) con riferimento alle prime fasi della pandemia;

-l'art. 2236 c.c. ha una storia applicativa (in sede penale) molto limitata, risolvendosi in una mera clausola di stile;

-la c.d. misura soggettiva della colpa (esigibilità del rispetto della regola cautelare violata) ha ricevuto riconoscimenti più di principio che concreti in sede applicativa.

Argine alla c.d. medicina difensiva dell'emergenza.

La disciplina dell'art. 3-bis d.l. 1° aprile 2021, n. 44 è generalizzabile (oltre l'emergenza pandemica)?

Una disciplina ordinaria incentrata esclusivamente sul grado della colpa potrebbe rappresentare un adeguato bilanciamento delle istanze concorrenti:

- tutela di beni giuridici di rango primario (vita; incolumità personale);
- necessità di poter svolgere un'attività professionale fondamentale per la collettività senza eccessive pressioni;
- particolare complessità del corpo umano e irregolarità delle sue reazioni;
- sovraesposizione al rischio giudiziario collegata anche alla particolare frequenza di eventi infausti.

Istanze concorrenti ma non contrapposte: la "serenità" del sanitario è funzionale al buon trattamento del paziente!

D.L. 1° APRILE 2021, N. 44

Art. 3 Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2

Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione.

La disciplina dell'art. 3 d.l. 1° aprile 2021, n. 44 può considerarsi uno strumento utile?

Questa norma rischia di tradursi in un provvedimento placebo, di mera rassicurazione, soprattutto nella misura in cui il provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio del vaccino e le circolari ministeriali tendono a esaurire il quadro cautelare.

Sarebbe come dire: «*la punibilità [per colpa] è esclusa*»... quando non c'è colpa.

Lettura alternativa: esclusione della punibilità per tutti i profili di colpa (generica) residua una volta rispettate le cautele scritte.

Legittimità del rinvio a fonti cautelari diverse dalla legge? In materia di colpa, una simile eterointegrazione del precetto, di fatto, non è rarissima.

LE ISCRIZIONI DELLE NOTIZIE DI REATO

Per il Procuratore della Repubblica di Bologna, Dott. Giuseppe Amato, la disciplina sui vaccini si sarebbe resa necessaria a fronte della notizia di talune iscrizioni, che hanno determinato peraltro la sospensione della somministrazione di uno dei vaccini impiegati nel nostro Paese.

Quello delle iscrizioni è un problema generale che va risolto in parallelo rispetto a una disciplina “sostanziale” equilibrata. Occorre una sinergia.

La Procura della Repubblica di Bologna ha pubblicato (17 luglio 2019) un documento volto a razionalizzare le iscrizioni.

LE ISCRIZIONI DELLE NOTIZIE DI REATO

Art. 335, 1° c., c.p.p.:

Il Pubblico Ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito.

Art. 116, 1° c., disp. att. c.p.p.:

Se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'articolo 360 del codice ovvero fa richiesta di incidente probatorio, dopo aver compiuto le indagini occorrenti per l'identificazione.

LE ISCRIZIONI DELLE NOTIZIE DI REATO

Art. 360, 1° c., c.p.:

Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.

Critica di una prassi: norma che per malintese esigenze di garanzia conduce a iscrizioni indiscriminate, trascurando peraltro che l'utilizzabilità degli accertamenti irripetibili è salvaguardata – lo conferma la Cassazione – anche in caso di passaggio da iscrizione a modello 44 (contro ignoti) a modello 21 (contro persone note) soltanto dopo che elementi sufficienti a carico di taluno si siano manifestati.

LE ISCRIZIONI DELLE NOTIZIE DI REATO

P.M. Dott. Piras:

«L'iscrizione nel registro degli indagati è già una pena. L'iscrizione fa male. È noto come all'iscrizione seguano sempre spese e spesso stress psicologico, anche forte, talvolta di non agevole gestione».

C.d. **consulenza lampo**, rilanciata di recente dal Dott. Paolo Piras, sostituto procuratore della Procura della Repubblica di Sassari: **accertamenti ripetibili** in **10-12 giorni** per pervenire a una valutazione sulla necessità di fare l'autopsia e iscrivere a modello 21.

LA C.D. CONSULENZA LAMPO

P.M. Dott. Piras:

- La salma viene posta a disposizione dell'Autorità giudiziaria;
- sequestro o acquisizione della documentazione sanitaria;
- sommarie informazioni dalle persone informate sui fatti (*in primis* il medico di medicina generale o di assistenza primaria, che può fornire l'anamnesi patologica, prossima, remota e familiare del paziente);
- nomina di un consulente medico-legale, perché indichi, solo esaminati gli atti e quindi con atto ripetibile, la storia clinica recente del paziente, anche con riferimento a linee guida e buone prassi cliniche, e la causa di morte ipotizzabile.

Solo dopo la risposta del consulente, si procede, eventualmente, alle iscrizioni nominative e all'autopsia.