

LO «SCUDO PENALE SANITARIO» AD UN ANNO
DALLA SUA ENTRATA IN VIGORE: *LOCKDOWN*
DELLA RESPONSABILITÀ O *VALIUM* LEGISLATIVO? *



Federico Febbo **

THE EFFECTS OF “COVID-19 CRIMINAL IMMUNITY” ONE YEAR AFTER ITS
APPLICATION: *LOCKDOWN* OF LIABILITY OR LEGISLATIVE *VALIUM*?

KEYWORDS epidemic emergency – immunity – lockdown – liability

Facciamo tre passi indietro: la pandemia indotta dal Sars Cov-2 ha fatto riaffiorare, in termini per certi versi drammatici, la *vexata quaestio* della medicina difensiva da intendersi, nell’attuale contesto emergenziale, con l’atteggiamento per cui, in assenza di una scienza ancora pienamente affidabile e di una sufficiente sperimentazione, il personale medico sanitario potrebbe essere indotto alla selezione delle prestazioni curative sulla base del criterio della minore rimproverabilità piuttosto che della maggiore efficacia terapeutica se non, addirittura, ad astenersi dal trattare le forme più gravi di Covid-19.

Il tema della medicina difensiva, com’è noto, è già stato affrontato ripetutamente prima della pandemia, dapprima con l’emanazione del c.d. decreto Balduzzi (d.l. n.158 del 2012) e, successivamente, della c.d. legge Gelli-Bianco (l. n. 24 del 2017), che ha introdotto l’attuale disciplina dell’art. 590-*sexies* c.p.

Tuttavia, il bilancio concreto dell’applicazione delle suddette novelle non è affatto soddisfacente: la portata dell’art. 590-*sexies* c.p., a causa anche della sua incerta formulazione, è stata progressivamente erosa dal formante giurisprudenziale, che giganteggia anche in questo contesto ordinamentale connotato, con buona pace della tradizione di *Civil Law*, dal primato non del diritto scritto ma della sua interpretazione.

* Testo della relazione svolta al Convegno organizzato il 4 marzo 2022 dalla Camera penale di Prato, dal Centro studi “Aldo Marongiu” e dall’Osservatorio Corte costituzionale dell’Unione delle Camere Penali su “*La colpa medica al tempo del Covid-19*”

** Avvocato del Foro di Prato e componente dell’Osservatorio Corte Costituzionale dell’Unione delle Camere Penali Italiane.

L'esesegi della c.d. legge Gelli-Bianco ha ingenerato un contrasto giurisprudenziale in seno alla quarta sezione della Corte di cassazione, che le Sezioni Unite¹ hanno risolto con la riproposizione di un'interpretazione *self restraint* per cui l'esercente una professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico chirurgica:

- se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da negligenza o imprudenza;
- 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;
- 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;
- 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.

L'approdo del diritto vivente ha di fatto ripristinato, quale *milestone* della responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario, la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, già introdotta dal decreto Balduzzi e successivamente cancellata dalla legge Gelli-Bianco, depotenziandone l'auspicata finalità deflattiva.

Facciamo ora due passi indietro: nell'attuale contesto emergenziale, l'assenza di linee guida ancora sufficientemente affidabili e consolidate ha fatto fin da subito dubitare della concreta applicabilità dell'art. 590-*sexies* cod. pen. alla responsabilità colposa c.d. «epidemiologica»².

Non è revocabile in dubbio, infatti, che le linee guida, le buone pratiche e le raccomandazioni emanate dal Ministero della Salute e dall'ISS per contrastare la pandemia evolvono continuamente, alimentate dall'afflusso costante di nuove informazioni sull'evoluzione epidemiologica e da nuove evidenze scientifiche.

¹ Cass. Pen., Sez. U., n. 8770 del 21 dicembre 2017, *Mariotti Rv. 272174-01, 272175-01 e 272176-01*; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2018, pp. 246 ss.; P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2018.

² C. CUPELLI, *La gestione dell'emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, in www.dirittoesalute.org, n. 1/2021 (30 aprile 2021), rileva il rischio di determinare il ricorrere di atteggiamenti improntati ad una sorta di «medicina difensiva dell'emergenza».

Si tratta, in sostanza, di disposizioni caratterizzate da un'inevitabile liquidità, destinata a solidificarsi – paradossalmente – quando l'infezione indotta dal Sars Cov-2 sarà endemica e controllata ed avrà superato la fase critica.

Risulta allora difficile (se non impossibile) individuare in concreto l'imperizia rilevante ai sensi dell'art. 590-*sexies* cod. pen., in termini di inadeguata gestione del rischio preventivo e terapeutico del Covid-19, attesa l'impossibilità di effettuare *ex ante* un giudizio di bilanciamento circa l'adeguatezza delle cure da applicare al caso concreto.

Bisogna impedire, allora, che l'*esprit de geometrie* prevalga sull'*esprit de matiere*: se l'agente modello, anche nell'attuale contesto emergenziale, è il metro di giudizio della misura soggettiva di diligenza esigibile in concreto, va contenuto il rischio, insito nell'asettico appiattimento ad un prototipo «iconico» di agente, di esigere «una pretesa di diligenza forgiata sul parametro estremo del medico *Gottsähnlich*, iperbolico, e non avvicinabile dal medico concreto»³.

In questa ottica, l'imperizia nell'emergenza sanitaria andrebbe limitata ai soli casi gravi rilevanti ai sensi dell'art. 2236 c.c. «per limitare la rimproverabilità di condotte oggettivamente colpose realizzate in presenza di variabili contestuali imponderabili, legate alla mutevolezza del quadro patologico ed all'esiguità delle risorse disponibili: condizioni sicuramente sussumibili nel concetto di speciale difficoltà della prestazione di cui all'art. 2236 c.c. e dotate, per loro natura, di un ambito di estensione assai più vasto di quello – assai angolato – dell'art. 590-*sexies* c.p.»⁴.

Un ultimo passo indietro: il Governo, sull'onda emotiva generata dalla pandemia e dal pericolo concreto di lasciare privo di un adeguato contenimento normativo la responsabilità colposa connessa all'attività medico sanitaria finalizzata a contrastarla, ha emanato un provvedimento di «chirurgia giuridica», il d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021 n.76, recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici», al dichiarato fine di provvedere di uno «scudo normativo» i medici impegnati nell'attuale campagna vaccinale di massa.

A parte il riferimento improprio ad attività scudate, che ingenera l'illusione di zone d'ombra di esenzione dalla responsabilità penale per morte e lesioni, l'art. 3 del decreto ha previsto che «per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni

³ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 92, ora liberamente consultabile su *discrimen.it*.

⁴ L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, in *discrimen.it*, 25.05.2020.

da SARSCoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

In sede di conversione è stato aggiunto l'articolo 3-*bis*, che prevede una causa di non punibilità, con il limite della colpa grave, per i reati *ex artt.* 589 e 590 c.p. commessi nell'esercizio di una professione sanitaria per l'intero periodo di emergenza da SARS- CoV-2 (dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe), e che trovano causa nella situazione emergenziale.

Ai fini della valutazione del grado della colpa, il secondo comma prescrive che il giudice deve tenere conto, tra i fattori escludenti la gravità della colpa, «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».

Ebbene, trascorso un anno di vigenza della novella, è possibile effettuare un primo bilancio, onde rispondere al quesito che l'ha generata: è stata utile la previsione legislativa di un c.d. scudo penale? La genesi del quale, come sappiamo, era il timore che il personale medico assumesse atteggiamenti di tipo «difensivo» di fronte alla prospettiva di una possibile responsabilizzazione per le conseguenze infauste della vaccinazione, mettendo a rischio la buona riuscita del piano nazionale di immunizzazione.

Oppure, si è trattato di un'inutile puntualizzazione della disciplina vigente, come tale foriera di un appesantimento normativo privo di un'effettiva funzione «regolatrice» e che si caratterizza, piuttosto, per una mera finalità di indirizzo e di rassicurazione? Emblematico, in questo senso, è il testo della Relazione illustrativa del decreto, ove si riconosce come l'art. 3 sia «espressione dei principi generali dell'imputazione soggettiva» e dichiaratamente finalizzato «a rassicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nell'attività di vaccinazione», «in un'ottica di maggiore certezza giuridica»⁵.

⁵ Cfr. la *Relazione illustrativa al d.l. n. 44/2021*, sub art. 3, in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura, Atto Senato n. 2167, p. 3.

Occorre evidenziare, infatti, come la lettera della legge lasci intendere che presupposto imprescindibile per l'operatività della novella sia l'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità fra l'evento infausto e la somministrazione del vaccino: soltanto in questo senso può infatti essere letto il riferimento ai «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».

È questa, a mio avviso, la maggiore criticità applicativa della novella emergenziale: al di là della perplessità, ingenerata dalla previsione contenuta nel decreto, della possibile sussistenza di un nesso eziologico fra inoculazione del vaccino ed evento infausto in un momento in cui la questione è ancora ampiamente aperta e dibattuta a livello di comunità scientifica, è evidente come l'accertamento del rapporto causale fra evento infausto e vaccinazione non possa che avvenire nella sede a ciò deputata, vale a dire quella processuale.

La formulazione della norma, dunque, non può che tradursi in una rilevante limitazione della sua concreta applicazione: se la *ratio* sottesa all'introduzione di una «esimente» o «scudo penale» che dir si voglia era di realizzare la protezione «dal» processo auspicata dal personale medico, tale finalità è stata frustrata proprio dalla necessità che «nel» processo e solo nel processo sia verificata la sussistenza di quel rapporto causale fra somministrazione del vaccino ed evento infausto che si caratterizza quale presupposto imprescindibile per l'operatività dello «scudo».

Letto in questi termini, è lecito dubitare della reale portata innovativa dell'art. 3, che si caratterizza piuttosto come disposizione meramente ricognitiva dei principi che governano l'imputazione del fatto colposo: in tal senso, la conformità della condotta dell'operatore sanitario alle indicazioni richiamate dalla norma dovrebbe essere già sufficiente ad escludere la formulazione di un rimprovero colposo.

Alla novella emergenziale potrebbe riconoscersi, quindi, solo un effetto di sensibilizzazione ad una più attenta soggettivizzazione del giudizio della colpa medica, che tenga conto del peculiare contesto in cui l'attività dell'operatore sanitario viene resa, con esclusione di un'efficacia scusante della responsabilità da somministrazione dei vaccini Covid-19.

Infine, e questo è il terzo scenario, la novella legislativa potrebbe addirittura essere foriera di effetti «dannosi».

Se infatti si fa riferimento al diritto vivente, già operava il principio giurisprudenziale secondo il quale il medico risponde penalmente solo per colpa grave «*in casi di speciale difficoltà o in una situazione emergenziale secondo la regola dell'art. 2236*

c.c., che non è direttamente applicabile in ambito penale, ma che vi può trovare applicazione come regola di esperienza, in quanto esprime un criterio di razionalità del giudizio»⁶; sul principio sono intervenute, come detto, anche le Sezioni Unite.

Ecco allora che il c.d. scudo penale, nella misura in cui è limitato all'emergenza epidemica, induce il dubbio che per i fatti precedenti e successivi non vi sia limitazione di responsabilità alla colpa grave, quando il fatto trovi la sua causa in altra situazione emergenziale.

Sul concreto piano applicativo, la novella emergenziale non ha avuto alcuna efficacia «deflattiva»: i procedimenti penali per morte e lesioni «sospette» di pazienti a seguito di inoculazione del vaccino sono stati iscritti sia a modello 44 (ossia nel registro delle notizie di reato a carico di persone ignote) che a modello 21 (a carico di persone note), tanto a carico degli operatori sanitari specificatamente coinvolti che dei «produttori» del farmaco immunizzante.

Le proto-imputazioni elevate dagli uffici del Pubblico Ministero, anche per esperienza diretta di chi scrive, non contengono l'indicazione della specifica regola cautelare di condotta che si assume violata, ma il generico riferimento alla sussistenza di un nesso eziologico fondato, sostanzialmente, sul principio *post hoc ergo propter hoc* e quindi, sul sospetto ingenerato dalla correlazione temporale tra evento infausto e vaccinazione.

Non si ha notizia, ad oggi, di alcuna applicazione concreta dei citati articoli 3 e 3-*bis* ed anche laddove è stata formulata una richiesta di archiviazione, essa è fondata sull'accertata insussistenza del nesso eziologico originariamente ipotizzato.

In definitiva, almeno fino allo stato attuale, la normativa emergenziale «epidemiologica», ben lontana dall'introdurre uno «scudo penale», ha tutt'al più prodotto l'effetto di un *valium* legislativo, né è stata deliberata, ad oggi, alcuna *prorogatio* oltre il termine di cessazione dello stato di emergenza, fissato al 31 marzo 2022.

⁶ Cass., sez. IV, n. 16328 del 5 aprile 2011 (dep. 26 aprile 2011), Montalto, Rv. 251960.