

## ATTUALITÀ

---

**CARMELO RIZZO**

### **La crisi pandemica e i nuovi scenari della “colpa medica”**

La crisi pandemica sta sconvolgendo il mondo. In questo mondo drammaticamente nuovo, la scienza medica deve affrontare un rischio epidemiologico ignoto e particolarmente insidioso. Ma sui medici che fronteggiano il rischio Coronavirus incombe anche un rischio penale? E, in questo evo aperto dal Covid-19, quale dovrebbe essere il “futuro” della colpa medica in ambito penale? E quale risposta dovrebbe dare l’ordinamento giuridico ai mutamenti dello statuto epistemologico della medicina?

*The pandemic crisis and the new scenarios of “medical fault”*

*The pandemic crisis is upsetting the world. In this dramatically new world, medical science must face an unknown and particularly insidious epidemiological risk. But does a criminal risk also lie with the doctors facing the Coronavirus risk? And, in this age opened by the Covid-19, what should be the “future” of professional medical liability in criminal law? And what response should the legal system give to changes in the epistemological statute of medicine?*

**SOMMARIO:** 1. Nonostante tutto... - 2. Da “carnefici” a “eroi”, e poi? - 3. L’attività diagnostico-terapeutica nel buio dell’emergenza pandemica. - 4. Lo spettro penalistico. - 5. Prospettive.

1. *Nonostante tutto...* Nelle contraddizioni e nelle inquietudini che caratterizzano questo tempo sospeso si possono cogliere, drammaticamente amplificati, i temi fondamentali della convivenza civile. E nella precarietà totalizzante dell’emergenza pandemica emerge la vitale concretezza del modello assiologico affidatoci dalla Costituzione, «con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità»<sup>1</sup>. Modello da custodire e coltivare<sup>2</sup> a maggior ragione oggi, per evitare ulteriori, pericolose derive, e in futuro, allorquando dovrà farsi tesoro delle rafforzate (o nuove) consapevolezze acquisite nell’impatto traumatico con il Coronavirus<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In questi termini, CARTABIA, *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 26.

<sup>2</sup> La natura di questa emergenza induce, naturalmente, a volgere lo sguardo innanzitutto all’ambito sanitario, con riferimento al quale (nel solco dell’equilibrio assiologico delineato dalla Costituzione) appare indispensabile l’adozione di iniziative istituzionali tese ad «assicurare senza alcuna discriminazione il diritto alla salute costituzionalmente garantito [...] senza pretendere che gli operatori sanitari esercitino la loro funzione in condizioni di estremo pericolo». Il paradigmatico bilanciamento assiologico è formulato da KALB, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un’analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 910.

<sup>3</sup> «Sarebbe bene cominciare a pensare al dopo, *non lasciare che la crisi diventi un’occasione sprecata*. Ragionare su tutto ciò che riguarda il con-vivere; *anche su ciò che non vorremmo ritornasse uguale*. In

Questo modello, d'altronde, rappresenta il faro della scienza penalistica, che, nel suo faticoso muoversi lungo il crinale del delicato equilibrio tra istanze di tutela e garanzie costituzionali, è sempre chiamata a confrontarsi con un vero e proprio «ossimoro etico»<sup>4</sup>: deve scrutinare secondo razionalità una disciplina la cui stessa denominazione evoca dolore e sofferenza, cioè condizioni crude e sconvolgenti, ben lontane dallo spirito apollineo. Condizioni di compressione dei diritti fondamentali, di nudità e di vulnerabilità dell'individuo al cospetto dell'autorità; e, pertanto, bisognose di essere "governate" attraverso il costante richiamo<sup>5</sup> al rispetto dei principi di matrice liberal-garantista sanciti dalla Costituzione<sup>6</sup>.

Quello dei penalisti è, dunque, un compito arduo<sup>7</sup>. Sempre, vista la struttura "bipenne" del diritto penale; ma ancor più dinanzi all'«oltranzismo punitivista»<sup>8</sup> imposto dalla "costante politica" delle intersecate manifestazioni cromatiche di questa legislatura. La vorticosa successione delle maggioranze governative presenta, infatti, un tratto di continuità politico-criminale<sup>9</sup>: mutano le combinazioni partitiche e le formule di assemblaggio, ma nella intersezione dei "colori parlamentari" delle coalizioni al potere emerge chiara la dominan-

---

questo quadro rientrano anche i problemi che hanno a che fare con il diritto e la giustizia penale». Così, PULITANO, *Problemi del penale e scenari di crisi*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu).

<sup>4</sup> SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 11.

<sup>5</sup> Sottolinea la necessità che la Costituzione venga «postulata come un fattore conformativo permanente per tutti», STAIANO, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *federalismi*, 2018, 11, 2.

<sup>6</sup> Sulla tenuta dei principi del diritto penale liberale, (nell'ambito del fecondo dibattito sviluppatosi con riguardo al "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo" elaborato dall'Unione delle Camere Penali Italiane) si vedano i contributi, pubblicati in *disCrimen* 2019, 2, di DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, 55; FERRUA, *Il "giusto" processo tra passato e avvenire*, 65; FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, 69; FLORA, *Il "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo": contro il sovvertimento dei principi fondativi del sistema costituzionale democratico parlamentare*, 85; GIUNTA, *La «giustizia penale liberale». Traendo spunto dal Manifesto dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, 91; MANNA, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcuni punti qualificanti del Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo dell'U.C.P.I.*, 97; PULITANO, *Libertà e sicurezza dei diritti*, 105.

<sup>7</sup> Per una ricostruzione del dibattito più recente sul ruolo e sulla funzione della scienza penalistica, si rinvia (senza alcuna pretesa di completezza, viste le esigenze di sintesi imposte dalla natura del presente contributo) a DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 95; FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17; MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *questa Rivista*, 2018, 3, (in particolare) 7 ss.; PULITANO, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); SEMINARA, *Divagazioni sulla nozione di Accademia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>8</sup> FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, ne *Il Foglio* (Web), 10 gennaio 2020.

<sup>9</sup> Sul punto, vedi le considerazioni di INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *disCrimen*, 2019, 3, 239 ss.

za ideologica del modello giustizialista<sup>10</sup> istituzionalmente veicolato ed esaltato dalla «retorica del penale-spazza»<sup>11</sup>. Ne risulta un diritto penale permeato da esasperate strumentalizzazioni politico-mediatiche<sup>12</sup>. Costruito secondo scanzioni emotive di stampo premoderno: intercettare, fomentare o, addirittura, creare la paura e la rabbia<sup>13</sup> dell'elettorato<sup>14</sup>, per poi tradurle in vendetta punitiva<sup>15</sup> legislativamente indirizzata nei confronti dei nemici da “spazzare via”<sup>16</sup>, anche a costo di spazzare gli stessi principi costituzionali<sup>17</sup>.

È qui sufficiente citare – quale significativo esempio del cieco furore punitivo che ha determinato le statuizioni legislative dell'*ideologia-spazza* arrivando a contaminare la stessa parte generale – il «blocco definitivo della prescrizione dopo la sentenza di primo grado»<sup>18</sup>. Opzione normativa di proteiforme incostituzionalità<sup>19</sup>, eppure pervicacemente sostenuta da quegli attori politici che

<sup>10</sup> Al riguardo, vedi BELFIORE, *I tempi della giustizia ai tempi del giustizialismo*, in *questa Rivista*, 2020, 1.

<sup>11</sup> PULITANÒ, *Lezioni dall'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>12</sup> Cfr. FIANDACA, *La prescrizione sacrificata in nome dell'ossessione punitiva*, ne *Il Foglio* (Web), 15 dicembre 2019.

<sup>13</sup> Cfr. INSOLERA, *Consenso sociale e diritto penale*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 3-4.

<sup>14</sup> Pertanto, non v'è spazio per un reale confronto politico, basato sulla plausibilità razionale dei contenuti e sul rigore degli argomenti, posto che, come rilevato da DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, 11, nelle dinamiche comunicative imperanti «il referente vero del discorso pubblico non è l'eventuale interlocutore dialettico, ma sempre il popolo-elettore plaudente».

<sup>15</sup> In proposito, cfr. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 8 ss.

<sup>16</sup> È doveroso il rinvio a PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *questa Rivista*, 2018, 3 e a PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>17</sup> Né, d'altro canto, il discorso può mutare in conseguenza della recente riforma dell'abuso d'ufficio, trattandosi di intervento normativo isolato, privo di respiro sistematico e produttivo di rilevanti problemi interpretativi (così come ampiamente prevedibile, nonostante il nostro “normatore pandemico” non ne abbia avuto contezza) visto che è stato effettuato in maniera estemporanea e senza la doverosa ponderazione tecnica, tramite un decreto legge (il d.l. n. 76 del 16 luglio 2020, c.d. “decreto semplificazioni”) emanato essenzialmente per ragioni di ordine economico-negoziale afferenti all'esigenza di consolidare la credibilità del Paese nello svolgimento delle trattative europee riguardanti il *Recovery Fund*. Pertanto, con tutta evidenza, una simile iniziativa non può certo cambiare all'improvviso le “coordinate culturali” delle (e, dunque, il complessivo giudizio sulle) politiche penalistiche espresse dalle variabili e intersecate maggioranze della legislatura in corso. Per una messa a fuoco delle aporie di tale riforma, si rinvia all'illuminante analisi di PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8. L'Autore definisce la nuova versione della fattispecie come un vero e proprio «cercervo normativo» (*ivi*, 10).

<sup>18</sup> BELFIORE, *op. cit.*, 3.

<sup>19</sup> In sintesi estrema: la dilatazione potenzialmente perpetua dei tempi di esercizio della giustizia penale è in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo; travolge il principio personalistico poiché sottopone l'imputato ad una logorante situazione di sofferenza ed incertezza esistenziale senza

hanno interesse a presidiare il fortino moralistico della lotta ai “privilegi” dei “potenti” e che, pertanto, liquidano la prescrizione come garanzia di impunità per i colpevoli, non tenendo conto delle drammatiche ragioni esistenziali che possono indurre anche coloro che sono pienamente consapevoli della propria innocenza ad accettare tale esito estintivo preferendolo rispetto alle sofferenze, alle incertezze e ai costi (economici e reputazionali) di un lungo e logorante percorso processuale<sup>20</sup>.

Ma se il “*legislatore-spazza*” considera come “potenti” anche tutti coloro che beneficiano della declaratoria di prescrizione, evidentemente ritiene che nella casta dei “nemici” da “spazzare via” vadano inclusi pure tutti quei medici che “usufruiscono” di tale istituto nei processi che li vedono imputati per fatti ascrivibili al paradigma della “colpa professionale”.

In tal modo, la demagogica equazione inquisitoria legislativamente consacrata dal neoplebiscitarismo telematico-privatistico (che configura la prescrizione come “*ancora di salvezza dei delinquenti*”<sup>21</sup>) finisce con l’abbattersi anche su coloro che, nella fase della più violenta sofferenza epidemiologica, sono stati celebrati come “eroi”.

E questo, benché per i medici valgano a maggior ragione le cennate considerazioni realistico-esistenziali, in tal caso specificamente correlabili (anche) al bisogno di serenità nell’esercizio di una professione particolarmente complessa e impegnativa<sup>22</sup>, indispensabile per la comunità (tema, questo, la cui rile-

---

termine, riducendolo a mero strumento di una politica criminale di ispirazione palesemente autoritaria; si rivela antinamica rispetto al principio di eguaglianza-ragionevolezza visto che è sganciata dalla gravità del reato; rende - via via che ci si allontana dal momento storico di realizzazione dei fatti dedotti ad oggetto di imputazione - progressivamente più arduo l’esercizio del diritto di difesa; inficia la stessa possibilità che la pena assolva le funzioni di prevenzione generale e speciale di segno positivo che le sono costituzionalmente assegnate. In generale, per un quadro delle molteplici criticità della “riforma Bonafede”, cfr. BELFIORE, *op. cit.*; FIANDACA, *La prescrizione sacrificata in nome dell’ossessione punitiva*, cit. e ID., *Abrogare la legge sulla prescrizione*, cit.; FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, in *disCrimen*, 2018, 1, 56-57; GATTA, *Una riforma dirimpente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione. Legge 9 gennaio 2019, n. 3 (art. 1, lett. d, e, f)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it); MOCCIA, *Prescrizione, Bonafede gioca con i diritti*, ne *Il Manifesto* (Web), 24 novembre 2019; PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>20</sup> Cfr. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 3-4.

<sup>21</sup> Secondo l’emblematica definizione politica riportata e condivisibilmente criticata da MICHELETTI, *op. cit.*, 1, cui si rinvia.

<sup>22</sup> Una riflessione penalistica particolarmente attenta alle nuove frontiere della complessità in medicina, alla stregua di un approccio culturalmente aperto al confronto con la concretezza dei problemi affrontati dall’attività medica, appare - come vedremo più avanti - indispensabile, a maggior ragione oggi, per evitare pericolose derive autoreferenziali dei discorsi dei giuristi in tema di responsabilità dei medici. Per questa impostazione di metodo, si rinvia, in generale, a CANESTRARI, *Per un modello “aperto e*

vanza sistematica e le cui implicazioni prospettiche saranno oggetto di successive notazioni) e, nonostante ciò, esposta ad un continuo quanto irrazionale rischio penale, parossisticamente alimentato da interessi e strumentalizzazioni di vario segno<sup>23</sup>. E benché - anche ponendosi sotto l'oscuro angolo visuale delle categorie antropologiche care all'approccio neogiustizialista (i "potenti", i "privilegiati"...), - le stesse dinamiche del loro coinvolgimento giudiziario ne palesino piuttosto una evidente debolezza di ruolo sociale, visto che, in misura crescente, sulle spalle della classe medica si scarica il peso delle inefficienze di un intero sistema istituzionale.

Né il discorso può cambiare per effetto degli interventi penalistici previsti nella recente legge 14 agosto 2020, n. 113, recante *disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni*. Infatti, il ricorso allo strumento penale, pur essendo qui ispirato dall'avvertita esigenza di contrastare le violenze ai danni degli esponenti del "mondo sanitario", rischia (ancora una volta) di rivelarsi esercizio puramente simbolico<sup>24</sup>, vista l'assenza di una strategia di carattere sistematico capace di incidere in profondità sui fattori patologici che espongono i medici (e il personale sanitario tutto) alle aggressioni da parte dei pazienti e dei loro familiari, e che sono inscrivibili in un quadro di crescente delegittimazione della funzione del medico<sup>25</sup> cui hanno contribuito negli ultimi decenni le stesse politiche statali di svilimento, depauperamento e inaridimento della professione medico-chirurgica. Insomma, il messaggio penalistico inoltrato dal legislatore lascia, comunque, intatti tutti quei problemi che rendono drammaticamente difficile la stessa quotidianità dell'attività medica e la cui soluzione (in questo momento storico più che mai) richiederebbe un'azione riformatrice di ampio respiro.

Tuttavia, - come anticipato - la crisi pandemica può diventare anche un'occasione di riflessione e di (ri)programmazione<sup>26</sup>. Già da ora, perciò, possiamo mettere in luce che, da un punto di vista politico-legislativo, la vera ripartenza dovrebbe trarre impulso da una rinnovata sensibilità costituzionale.

---

*condiviso*" di scienza penalistica, in *ius17@unibo.it*, 2008, 1, 7 ss.

<sup>23</sup> Vedi BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in ID. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 75-78.

<sup>24</sup> Cfr. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, cit.

<sup>25</sup> Per un'analisi dei fattori di degenerazione della relazione tra medico e paziente, vedi CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 21-23.

<sup>26</sup> «*Pathei mathos*, apprendere dalla sofferenza? Dipende da noi». In questi termini, PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 1.

Il che significa, per il giurista, riaffermare l'importanza dei principi e dei valori costituzionali<sup>27</sup> muovendo “dal basso”, ossia evidenziandone la straordinaria vitalità<sup>28</sup> anche in rapporto alle difficoltà inedite di questa fase drammatica della nostra vita. Il che significa sollecitare (ancora una volta) il legislatore ad avere un approccio non propagandistico al diritto penale, finalmente libero da ipoteche di carattere meramente tattico-elettorale, finalmente basato su valutazioni rigorose e ponderate.

E, in questo momento, la materia della “colpa medica” potrebbe rappresentare il terreno naturale sul quale chiedere al decisore parlamentare di iniziare a coltivare questo virtuoso mutamento di approccio politico-criminale, tenendo conto sia delle criticità insite negli attuali assetti di disciplina sia del dato scientifico-fenomenologico (dotato di una indiscutibile rilevanza per il nostro discorso) che nell'evo aperto dall'emergenza Covid-19 molto è cambiato nella stessa capacità di lettura clinica e di risposta operativa da parte della scienza medica. Sui medici, infatti, incombono nuove e ancor più gravose e indecifrabili difficoltà diagnostiche e terapeutiche.

D'altro canto, anche al di fuori dell'ambito normativo penalistico (e, a nostro avviso, anche a causa delle aporie manifestate dall'intervento penale in questo campo di materia) si prospettano questioni di rilievo strategico, che riguardano la stessa tenuta del Servizio Sanitario Nazionale e l'esigenza di preservarne-valorizzarne quei caratteri di «universalità, equità e gratuità»<sup>29</sup> che chiamano in causa l'essenza profonda dello “Stato sociale”...

2. *Da “carnefici” a “eroi”, e poi?* In questo contesto legislativo costituzionalmente lacerato<sup>30</sup> l'irruzione del Coronavirus, con tutto il suo tragico carico di morti inattese, non solo ha reso più precarie le basi fisiche e umane della nostra convivenza ma ha fornito anche un'ulteriore occasione di torsione emergenzialistica<sup>31</sup> dell'ordinamento giuridico<sup>32</sup> e del sistema penal-punitivo<sup>33</sup>, legittimo

---

<sup>27</sup> Sul rapporto tra principi e valori costituzionali, sulla loro rilevanza sistematica e sulle modalità di ricostruzione argomentativa da parte del giurista, si rinvia a STAIANO, *Costituzionalisti e popolo*, in *Federalismi*, 2013, 25, (in particolare) 14 ss.

<sup>28</sup> Sulla «vitalità della Costituzione italiana», STAIANO, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, cit., 5 ss.

<sup>29</sup> GARATTINI, *Riflessioni sul post-pandemia da Sars Cov-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1, 777-778.

<sup>30</sup> Rischio lucidamente segnalato, fin dall'inizio, da GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *questa Rivista*, 2018, 3.

<sup>31</sup> Per una ricostruzione ad ampio spettro delle linee emergenziali del sistema penale italiano, vedi MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, seconda edizione riveduta ed ampliata, Napoli, 2000.

timata dall'invocazione dell'esigenza di contenere l'avanzata del contagio, ma ampiamente discutibile in punto di compatibilità con il modello dello "Stato costituzionale di diritto".

Nondimeno, sotto il profilo delle dinamiche psico-sociali, nella paura<sup>34</sup> generata dalle morti per Covid vi è anche il seme di un sentimento positivo. È un sentimento collettivo<sup>35</sup> fatto di ammirazione ed empatia. Nasce dalla sofferenza e, dunque, rimanda alla dimensione (poc'anzi richiamata) della sofferenza come momento di apprendimento<sup>36</sup>. Il dolore (diretto o indiretto, fisico e/o psicologico) vissuto nella quotidianità surreale dell'attesa e del distanziamento riporta al centro della considerazione generale l'elevato valore dell'attività medica. Tutti scoprono che è "missione laica", servizio di altissimo rilievo etico e sociale, espressione massima di *humanitas*. Come incidentalmente segnalato in precedenza, nell'immaginario collettivo chi indossa il "camice" diventa "eroe"; spesso privo dei necessari dispositivi di protezione individuale<sup>37</sup> eppure disposto a sacrificare la propria vita pur di salvare quella altrui<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> Vedi, all'interno della vastissima bibliografia immediatamente formatasi sull'argomento, i contributi contenuti nel numero monografico (*Un diritto per la pandemia*) di *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1 e STALANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020.

<sup>33</sup> Vedi il *Confronto di idee su: le deroghe alla legalità tra emergenza attuale e stabilizzazione futuribile*, in questa *Rivista*, 2020, 1; FLORA, "Covid regit actum". *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali*, in [www.penale.dp.it](http://www.penale.dp.it); GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) e ID., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it); MAIELLO, *Udienze on line: un golpe. Al potere forze eversive*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it); PADOVANI, *Legalità e libertà addio, è il golpe sanitario*, ne *Il Riformista*, 21 aprile 2020; RIZZO, *La legalità penale nella morsa dell'emergenza Coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1, 281 ss.; RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di Coronavirus: profili penali*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 231 ss.

<sup>34</sup> Una lettura poliedrica dei possibili rapporti tra "paura" e diritto penale viene offerta da DI GIOVINE, *Un punto di vista alternativo? Dal diritto della paura al diritto alla paura*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 239 ss.

<sup>35</sup> Riconducibile a quella «logica [...] 'affratellante' in un destino comune» che caratterizza la prima, drammatica fase dell'emergenza e che viene focalizzata da DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 8.

<sup>36</sup> Cfr. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit., 1.

<sup>37</sup> Per un inquadramento penalistico della drammatica condizione di vulnerabilità nella quale hanno operato i medici soprattutto nella prima fase dell'emergenza virale, si rinvia alle riflessioni formulate da LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3.

<sup>38</sup> In tal senso, risulta altamente significativo il tragico "Elenco dei Medici caduti nel corso dell'epidemia di Covid-19" pubblicato sul sito della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

Nell'orrore per la morte – percepita come rischio concreto col quale, a causa della pandemia, tutti sono costretti necessariamente a confrontarsi, e non più come evenienza astratta e remota (e comunque circoscritta alle altrui esistenze) che ciascuno cerca di allontanare dalla propria quotidianità, negandone/rimuovendone la stessa possibilità di verifica – la società, (viene spontaneo dire) finalmente, si accorge delle ragioni altruistiche che contraddistinguono<sup>39</sup> (geneticamente e funzionalmente) l'attività professionale medico-chirurgica<sup>40</sup>.

Si tratta di un riconoscimento, sia pure tardivo e drammatico, che segna una svolta radicale (anche se viziata da una fragilità emotiva di fondo) nella percezione sociale del rapporto medico-paziente. Rapporto finora sovraccaricato di tensioni e conflitti sfociati in un vero e proprio cortocircuito mediatico-giudiziario caratterizzato, nei casi di prospettazioni penalistiche di eventi asseritamente ascrivibili a *malpractice* sanitaria, da una anticipata e indiscriminata stigmatizzazione extra/para-processuale dell'operato dei medici coinvolti, perciò costretti non solo a difendersi in sede penale ma anche ad assistere inermi alle ricostruzioni “profane” (inevitabilmente incomplete e prive della necessaria affidabilità epistemologica) “pubblicizzate” da quel parallelo “procedimento/processo mediatico” che ha la sua più sconcertante espressione (deleteria per i diritti fondamentali dell'indagato/imputato) nei preventivi e contaminanti<sup>41</sup> asseriti di reità apoditticamente formulati dai protagonisti di certi “salotti televisivi”<sup>42</sup>.

Questo “formante mediatico-populistico”<sup>43</sup>, per l'appunto, ha veicolato una vera e propria obliterazione socio-culturale di quella matrice solidaristica in-

<sup>39</sup> Tale aspetto è messo in luce da GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 155, laddove rileva «l'impronta puramente altruistica» dell'attività medica. Inoltre, per un quadro delle implicazioni dommatiche derivanti dalla conformazione teleologica dell'atto medico quale atto ispirato e orientato alla tutela della salute del paziente, vedi ID., voce *Medico (responsabilità penale del)*, ne *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, IX, (in particolare) 516-518.

<sup>40</sup> L'emozione che il medico prova nell'eliminare o nell'attenuare la sofferenza è descritta da VERONESI, MACELLARI, *Manuale di Etica per il giovane medico*, Milano, 2016, 11-12.

<sup>41</sup> Sui condizionamenti psicologici e cognitivi che la narrazione mediatica finisce, comunque, con l'esercitare sui protagonisti del procedimento penale, vedi GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia “reale” e sulla giustizia “percepita”*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 6 ss.

<sup>42</sup> Nel “processo mediatico” «la “presunzione di innocenza” [...] appare, sempre più, un “diritto senza tutela”, in balia del “palcoscenico catodico di verità di pronto consumo” offerto, appunto, dai *media*». Così, MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 3, 117.

<sup>43</sup> È d'obbligo il rinvio a PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 116, il quale osserva che «accanto ai tradizionali formanti, legislativo, giurisprudenziale e dottrinario, è giocoforza oggi considerare come autonomo attore del sistema penale *lato sensu* inteso il *formante mediatico*, ossia i c.d. *mass-media* nella loro dimensione e funzionalità politico-sociale e,

trinsecamente e peculiarmente distintiva della professione medica<sup>44</sup> (il “prendersi cura” dei pazienti) che adesso, nel tempo dell’emergenza virale, viene riscoperta e celebrata.

Ed è intorno a questa dinamica che si sviluppa la recente storia penalistica della “colpa medica”. Ora, il tema della responsabilità colposa in ambito medico-chirurgico presenta una straordinaria complessità e polivalenza dottrinale<sup>45</sup> e, dunque, in questo spazio, non è possibile ricostruirne esaustivamente, in chiave diacronica<sup>46</sup>, le coordinate giurisprudenziali, dottrinali e politico-legislative. Difatti, ai fini della progressione del nostro discorso, dobbiamo piuttosto limitarci a coglierne una questione socio-culturale di fondo, che costituisce la naturale premessa del dibattito istituzionale e dottrinale instauratosi in relazione ai potenziali “rischi legali da Coronavirus” incombenti sui medici<sup>47</sup>. Nella commozione virale, considerati come “eroi”<sup>48</sup>; domani (o, addirittura, già oggi) chissà...

---

sempre più ossessivamente, politico-criminale *tout court*.

<sup>44</sup> Cfr. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., loc. cit.

<sup>45</sup> Cfr. CAPUTO, “*Aritmie legislative*” e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 326.

<sup>46</sup> In proposito, vedi il riepilogo offerto da CANZIO, *L’evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, 319 ss.

<sup>47</sup> Sembra qui opportuno ricordare il proficuo scambio di comunicazioni intercorso tra i vertici della *Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri* - da un lato - e del *Consiglio Nazionale Forense* - dall’altro - in ordine alle iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati per incoraggiare (offrendo consulenze gratuite e altri incentivi) i pazienti e i loro familiari a perseguire in sede giudiziaria i comportamenti ipoteticamente colposi dei medici impegnati a fronteggiare la devastante emergenza pandemica. Dialogo istituzionale avviato dalla preoccupata segnalazione a tal riguardo effettuata dalla “Federazione nazionale dei medici”, alla quale il CNF ha prontamente risposto con le delibere (n. 177 e n. 178) approvate dal *plenum* in data 1 aprile 2020. In particolare, l’organismo di rappresentanza istituzionale di tutti gli avvocati italiani ha espresso in maniera cristallina la solidarietà della classe forense ai medici e ai professionisti sanitari (assicurando *l’attenta e forte vigilanza di tutte le istituzioni forensi nell’individuare e sanzionare i comportamenti di quei pochi avvocati che intendono speculare sul dolore e le difficoltà altrui, nel difficile momento che vive il nostro Paese*) e ha invitato i Consigli dell’Ordine degli Avvocati e i Consigli Distrettuali di Disciplina Forense, nell’ambito delle rispettive competenze in materia deontologica, a vigilare e a intervenire in relazione a quei *comportamenti indegni* (perché *contrari ai doveri di corretta informazione e/o finalizzati all’accaparramento di clientela*), in qualsiasi modo manifestati, *che ledono il decoro e la dignità della classe forense*. Lo spirito di questo confronto merita di essere messo in risalto, poiché può costituire la premessa per lo sviluppo di un discorso istituzionale di ampio respiro che vada oltre i confini della sola situazione emergenziale odierna assurgendo a modello di una nuova stagione ordinamentale finalmente illuminata dai canoni costituzionali sintetizzati da CARTABIA nella sua *Relazione*, cit.

<sup>48</sup> Per una posizione critica verso le estremizzate oscillazioni emotive indotte dalle narrazioni imperanti nella “comunicazione *social*” relativamente all’immagine sociale dei medici ai tempi del Coronavirus (prima innalzati ad “eroi” e poi considerati come portatori di contagio per i pazienti e per le comunità), vedi LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro*, cit., 1-2.

In questa lettura necessariamente cursoria, dobbiamo, pertanto, mettere a fuoco un “paradosso culturale” che attiene proprio all’evoluzione del rapporto medico-paziente «da paternalistico a individualistico»<sup>49</sup>.

Ebbene, tale mutamento di paradigma rappresenta, senza dubbio, una conquista di civiltà<sup>50</sup>. In luogo della visione “paternalistica” incentrata sulla preminenza cognitiva e decisionale del medico, si afferma una «*concezione personalistica* dei “diritti del paziente”, che si pone al centro di tale rapporto e della struttura sanitaria come portatore di propri diritti, primi fra i quali il diritto alla salute e il diritto all’autodeterminazione in ordine agli interventi sul proprio corpo; alla partecipazione alle decisioni medico-chirurgiche che lo riguardano, in un perdurante dialogo, umanizzante e rasserenante, fiduciario e collaborativo, tra medico e paziente»<sup>51</sup>. E il “consenso informato”<sup>52</sup> – che è

<sup>49</sup> BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., 76-77.

<sup>50</sup> Una disamina di tale evoluzione attraverso la comparazione diacronica dei codici di deontologia medica (fino a quello del 2006) è proposta da ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, (in particolare) 277-278 e 280 ss. In ottica storico-ricostruttiva si è, peraltro, colpiti dalla sorprendente modernità del “Codice di Etica e Deontologia” dell’Ordine dei Medici della Provincia di Sassari del 1903. Infatti, se, per un verso, all’art. 3, stabiliva che il medico, rilevate le gravi condizioni di un ammalato, dovesse informarne, «*nei debiti modi*», la famiglia (nulla dicendo, esplicitamente, in merito alla necessità di informare il paziente stesso), per altro verso, all’art. 4, (anticipando una maturazione valoriale cui il “discorso scientifico-istituzionale” sarebbe pervenuto solo in tempi recenti) sanciva che il medico non avrebbe dovuto intraprendere «*alcun atto operativo senza avere prima ottenuto il consenso dell’ammalato o delle persone dalle quali questo dipende, se è minorenne o civilmente incapace*», prevedendo che a tale regola si potesse derogare solamente in «*certi casi di urgenza*», nei quali, comunque, veniva data «l’indicazione di condividere (se possibile) la responsabilità della scelta con un collega», così come ricordato da BENCIOLINI, *La deontologia. Dai Galatei ai Codici deontologici*, in FNOMCeO (a cura di) *Cento anni di professione al servizio del Paese*, 2010, 267. L’Autore, tuttavia, leggendo in combinato le due summenzionate disposizioni, le quali promanavano da un organismo che non aveva ancora quella veste giuridica pubblicistica che avrebbe assunto nel 1910 con la legge istitutiva degli Ordini – ciò risultando vieppiù indicativo di una “sensibilità deontologica” spontaneamente formata e profondamente radicata in questa libera associazione di medici –, osserva, in ragione della forza espansiva dell’art.4, che «alla luce della chiara affermazione del diritto del paziente ad esprimere il proprio consenso, si può ricavare (anche se in maniera implicita) l’indispensabile esigenza deontologica di garantire al paziente il diritto di esprimere il proprio consenso dopo avergli assicurato un’adeguata informazione» (*ibidem*).

<sup>51</sup> La suggestiva descrizione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, sesta edizione, Padova, 2016, 49-50.

<sup>52</sup> In argomento, vedi (*ex multis*) CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu), (in particolare) 3-7; CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, (specialmente) 415-416; GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 377 ss.; PIRAS, *L’atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sist. pen.*, 2019, 11, 11 ss.; TORDINI CAGLI, *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in CANESTRARI, GIUNTA, GUERRINI, PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 31-43; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità indivi-*

espressione dei principi sanciti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione<sup>53</sup> - diventa, nella coscienza pubblica, la manifestazione più riconoscibile e nota di tale cambiamento.

Tuttavia, nella declinazione pratica di questa fondamentale trasformazione assiologica, che da un punto di vista deontico, in virtù della postulata condivisione delle scelte terapeutiche, avrebbe dovuto segnare l'avvento di una maggiore simbiosi tra colui che cura e colui che viene curato, si è annidato il germe di una crescente conflittualità. Nella realtà, infatti, breve si è rivelato il passo verso la trasfigurazione «consumeristica»<sup>54</sup> della relazione tra medico e paziente che, sottratta alla superiore dimensione scientifico-professionale in cui originariamente la «costringeva» una visione alta<sup>55</sup> del sapere medico inteso come sapere elitario, specialistico, riservato a soggetti tecnicamente competenti (e per ciò stesso inaccessibile o, comunque, non totalmente penetrabile per i «laici» della materia), ha oggi assunto - nel giudizio di massa indotto/fomentato dai toni spesso eccessivamente semplificatori e aproblematici utilizzati dalla divulgazione televisiva e telematica - connotati di impropria banalizzazione esplicativa. Sicché i pazienti e i loro familiari hanno finito col concepire le prestazioni mediche (con approccio empirico-relazionale, al di là degli inquadramenti tecnico-giuridici forniti dalla giurisprudenza civile<sup>56</sup>) come

---

duale - II. *I delitti colposi*, in MARINUCCI, DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Padova, 2003, 289-319; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.

<sup>53</sup> Vedi Corte cost. n. 438/2008 («il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione [...] e negli artt. 13 e 32 della Costituzione [...]»); Corte cost. n. 253/2009 (che si pone espressamente nel solco argomentativo tracciato dalla citata sentenza 438 del 2008, ribadendo che «il consenso informato riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»); nonché, da ultimo, Corte cost. n. 242/2019 (che, riportandosi alle suddette coordinate costituzionali, riferisce «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie [anche a] quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»).

<sup>54</sup> CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 9.

<sup>55</sup> L'ammirazione contemplativa del paziente nei confronti del ruolo salvifico del medico poteva assumere anche accenti religiosi. In tal senso, risultano significativi gli *ex voto* pittorici, nei quali il medico veniva rappresentato quale «coadiutore dell'azione divina», così come rileva VISMARA, *L'evoluzione dell'immagine del medico a cavallo dei secoli XIX e XX negli ex-voto pittorici*, in *Medicina Historica*, 2020, 4, 267.

<sup>56</sup> Il tema dell'inquadramento civilistico della responsabilità del medico è affrontato in via incidentale da CANZIO, *L'evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi*, cit., 323. Per un'analisi delle «sentenze di San Martino» del 2019, si rinvia a PONZANELLI, *Alcune considerazioni generali sulle dieci sentenze della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2019*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 3, 615 ss.

prestazioni sostanzialmente “contrattuali” e, in quanto tali, illimitatamente sindacabili e contestabili quanto ad esattezza dell’adempimento (vale a dire sotto il profilo della conformità all’assetto regolativo cristallizzato nell’accordo stipulato tra le “parti” in sede di costituzione del rapporto) al pari di quello che ordinariamente avviene nelle comuni dinamiche di contrapposizione intersoggettiva di interessi, che possono caratterizzare qualsiasi accordo a contenuto meramente patrimoniale<sup>57</sup>.

Ma siffatta visione, assolutizzata e disancorata dalle ragioni autenticamente assistenziali che, invece, qualificano in maniera specifica e incomparabile il legame diagnostico-terapeutico, ha prodotto il paradossale risultato di tramutare la sacrosanta affermazione della centralità del paziente e della sua libertà autodeterminativa (affermazione costituzionalmente fondata e vincolante) in fattore prasseologicamente divisivo, foriero di una tensione permanente tra le “parti” del rapporto. Impegnate in una logorante e impropria “dialettica negoziale” che non è sinergica e costruttiva (così come avrebbe richiesto una coerente attuazione del modello dialogico-personalistico di ispirazione costituzionale) ma, al contrario, risulta esasperatamente antagonistica, in quanto dominata da preoccupazioni e istanze di carattere giudiziario ed extraclinico, che nulla hanno a che fare con la peculiarità funzionale della “relazione di cura”. Questa relazione, infatti, nella sua dimensione fisiologica, è caratterizzata da compenetrazione e immedesimazione finalistica, nel senso che la cura del paziente (espressione qui utilizzata per sintetizzare le varie, possibili articolazioni fenomeniche di una «beneficialità»<sup>58</sup> medica rispettosa dell’autodeterminazione del malato) è obiettivo comune<sup>59</sup> dei due soggetti correlati, unisce sinergicamente colui che presta assistenza e colui che la riceve, ed è risultato che, per “statuto deontologico”, costituisce lo scopo vincolante dell’attività del medico<sup>60</sup>.

In breve, la professione medica, pur nella evidente evoluzione delle conoscenze scientifiche, degli strumenti tecnologici adoperati e dei contesti sociali di riferimento, “nasce” e “vive” (da un punto di vista etico, culturale e operati-

<sup>57</sup> Questo «paradigma contrattualista» è analizzato in tutte le sue articolazioni e implicazioni da CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 8-10.

<sup>58</sup> GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, cit., 517, il quale sottolinea che «l’atto terapeutico è per definizione un atto a favore e non contro la salute del paziente».

<sup>59</sup> Vedi BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., 81.

<sup>60</sup> «Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo dalla sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera». In questi termini, l’art. 3, I co., dell’attuale “codice di deontologia medica”.

vo) in virtù di questo imprescindibile e inscindibile legame empatico-teleologico<sup>61</sup>. Ma se questa particolare connessione interpersonale viene rimossa o depauperata, in quanto privata del suo indispensabile “collante fiduciario”, si determinano situazioni disfunzionali che risultano altamente negative non solo per il medico ma anche per il paziente.

E in tal modo si profila il “cortocircuito” intorno al quale ruota il nostro succinto racconto penalistico. La degenerazione contrappositiva, divenuta ormai endemica, si traduce in un incremento esponenziale del contenzioso penale relativo alla responsabilità medica, spesso strumentalmente e impropriamente utilizzato per il perseguimento di istanze risarcitorie e/o vendicative/ritorsive<sup>62</sup>. Queste ultime, ovviamente, fanno leva sull’impatto socialmente stigmatizzante (amplificata dai già menzionati meccanismi di trasposizione mediatica) e sul connesso carico di sofferenza umana che sempre caratterizzano la sottoposizione ad un procedimento penale, a prescindere dai successivi esiti assolutori. Ed è questo il punto: *in subiecta materia* i medici non sono rassicurati dal richiamo alla esiguità statistica delle condanne, poiché ciò che li preoccupa è, innanzitutto, il numero dei procedimenti che si aprono. Infatti, in una professione ai fini del cui proficuo esercizio è fondamentale la tenuta del rapporto fiduciario con l’assistito, l’offuscamento di immagine causato anche dal solo avvio di un’indagine e dalla divulgazione “monodirezionale” di una ipotetica *notitia criminis* inerente proprio all’attività di cura del paziente compromette la tranquillità di prosecuzione della quotidiana opera di salvaguardia della salute altrui. Né bisogna trascurare che, al di là delle astratte rassicurazioni statistiche, il concreto e singolo percorso processuale riguardante tali ipotesi di responsabilità è, comunque, lastricato di incertezze, visto che, in generale, vi è una radicata «tendenza giurisprudenziale a ragionare con il “senno del poi”»<sup>63</sup>, che, di fatto, consegna il destino giudiziario del medico a ricostruzioni decontestualizzate<sup>64</sup>, spesso intrise di un intuizionismo creativo di stampo “sacerdotale” e, dunque, in definitiva, imprevedibili.

---

<sup>61</sup> Su questo aspetto, vedi anche Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, (in particolare) 59.

<sup>62</sup> Vedi BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, cit., 78.

<sup>63</sup> ROATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 78.

<sup>64</sup> Cfr. BARTOLI, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 4-5, 1115.

Questo, ovviamente, è il retroterra della c.d. “medicina difensiva”<sup>65</sup>, espressione che, da un punto di vista fenomenologico, racchiude tutte quelle pratiche «che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all’intento di evitare accuse per non aver effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze»<sup>66</sup> e che, in concreto, vengono realizzate «prescrivendo esami e terapie non necessarie (c.d. *medicina difensiva positiva*) o evitando pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio (c.d. *medicina difensiva negativa*)»<sup>67</sup>. Si tratta, con tutta evidenza, di una versione patologica dell’esercizio della professione medica, che devia dai suoi scopi etico-istituzionali per ridursi a mero calcolo tattico, a ricerca egoistica del modo migliore per allontanare lo spettro del rischio legale e, in particolar modo, di quello penalistico. È prassi teleologicamente e deontologicamente impropria, ma, senza dubbio, si configura come una conseguenza del processo degenerativo che fin qui abbiamo cercato di descrivere.

Da ciò un evidente paradosso. L’invasione populistico-mediatico-giudiziaria del campo diagnostico-terapeutico – come abbiamo osservato – riduce i medici in una condizione di sudditanza psicologica e di costante precarietà operativa. Il rapporto empatico e sinergico col paziente viene inquinato dalla paura di un possibile contenzioso. Ma questa preoccupazione – come intuibile – non giova alla cura dell’ammalato, che finisce con l’essere postposta alle esigenze di prevenzione del rischio giudiziario. E questo, sia nei casi di comportamenti medici ispirati (nei termini anzidetti) da una logica, per così dire, “spontaneisticamente difensivistica”, ossia orientata alla autonoma elaborazione di opportunistici espedienti di preventiva autotutela legale; sia nelle ipotesi, egualmente distorsive, di pratiche cliniche riconducibili al contiguo ambito fenomenico della cosiddetta «*medicina dell’obbedienza giurisprudenziale*»<sup>68</sup>, che è caratterizzata dalla cieca osservanza dei precetti (spesso scientificamente discutibili per contenuti e criteri di formulazione<sup>69</sup>) prodotti dal formante giurisprudenziale in tema di responsabilità medica, con il conseguente svilimento/annullamento tanto dell’autonomia del medico quanto (in corri-

---

<sup>65</sup> Sul tema, vedi MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.

<sup>66</sup> FORTI, CATINO, D’ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 17.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> ROIATI, *op. cit.*, 98.

<sup>69</sup> Cfr. *ivi*, 98-99.

spondenza) della fondamentale esigenza di efficace tutela della salute del malato.

In questo scenario si inseriscono i tentativi di razionalizzazione messi in campo da ben due, ravvicinate, riforme legislative.

Prima (nel 2012) la “Balduzzi”, che tuttavia, nonostante le evidenti aspirazioni selettive, pone subito all’interprete il duplice problema di capire: «a) a quali presupposti sia collegata la restrizione della responsabilità per colpa (che cosa significhi attenersi a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica); b) in che cosa consista la colpa grave che fonda la responsabilità penale pur in un contesto di osservanza di linee guida»<sup>70</sup> (profilo, quest’ultimo, che prospetta il paradosso logico-normativo dell’«*in culpa sine culpa*»<sup>71</sup>), generando incertezze che trovano riscontro nella stessa giurisprudenza<sup>72</sup>.

E poi (nel 2017) la “Gelli - Bianco”, della quale - ferma restando la presa d’atto della vera e propria «eterogenesi dei fini»<sup>73</sup> nella quale era incorso il precedente intervento normativo (da ciò essendo scaturita la necessità di un’ulteriore riforma tesa a porvi rimedio) - viene prontamente sottolineata la inefficacia in punto di contrasto alla patologia della medicina difensiva<sup>74</sup>.

Per rendersene conto, è sufficiente leggere quanto previsto dall’art. 590-*sexies* c.p. (introdotto dalla riforma in discorso) al II comma.

Da un lato «restringe l’ambito applicativo dell’esonazione alle sole ipotesi di colpa per imperizia»<sup>75</sup> e rimuove «il riferimento non solo alla colpa lieve, ma anche a qualsiasi gradazione della colpa»<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, 80. Sul tema si concentra anche l’analisi di DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *questa Rivista*, 2014, 1, 3 ss.

<sup>71</sup> Mutuando la formula di PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 I co. L. 8 novembre 2012 n. 189*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>72</sup> Al riguardo, vedi (tra gli altri) CANZIO, PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 1, (in particolare) 130-131, e CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 giugno 2016.

<sup>73</sup> RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lagegislazionepenale.eu](http://www.lagegislazionepenale.eu), 5 giugno 2017, 1. L’A. scrive: «nato (forse) con l’obiettivo di scongiurare la pratica della medicina difensiva, l’art. 3 l. 189/2012 ha rischiato di alimentarla ulteriormente, senza contribuire a chiarire l’essenza sfuggente della *vox media* rappresentata dalle linee guida, scisse tra regole ideali dell’arte medica ed esigenze pragmatiche di contenimento della spesa sanitaria». *Ivi*, 1-2.

<sup>74</sup> Vedi *ivi*, 17-18.

<sup>75</sup> BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare*

Dall'altro, fonda la suddetta non punibilità sul rispetto delle linee guida "certificate"<sup>77</sup> o (in assenza di queste) delle *buone pratiche clinico-assistenziali*, lasciando tuttavia aperta la possibilità di uno scrutinio giudiziario in ordine alla adeguatezza delle stesse rispetto *alle specificità del caso concreto*, e tale scelta legislativa pone di fronte a questioni di evidente rilevanza.

Infatti, il richiamo a linee guida, per così dire, istituzionalizzate finisce inevitabilmente col condizionare le scelte del medico e rischia di indurlo a privilegiare un atteggiamento di "obbedienza burocratica", ancora una volta ispirato dalla "preoccupazione difensivistica" di preconstituersi uno scudo legale in caso di successiva contestazione giudiziaria. Atteggiamento, realisticamente, ben comprensibile in un contesto di vera e propria legittimazione legislativa di quella tendenza alla compressione dell'autonomia del medico già maturata in ambito giurisprudenziale. Ma atteggiamento, al tempo stesso, chiaramente distorsivo della fisiologia esplicativa di una professione che è - ricordiamolo - attività scientifica orientata alla salvaguardia del malato. Ossia attività complessa e dinamica (e mai stupidamente meccanicistica o semplicemente sussuntiva) di raccordo intelligente e, in molti casi, "artistico" tra parametri nomologici (ove disponibili) e irriducibile singolarità costitutiva del beneficiario dell'atto medico. E di vera e propria arte si tratta, visto che la professione medica presenta, comunque, dei connotati infungibili e non codificabili di maestria tecnica, che si sviluppano nel percorso di crescita e maturazione professionale garantito da una formazione arricchita dal confronto con chi ha titolo per esserne "guida", o che, addirittura, dipendono dal particolare talento individuale e, in tappe storicamente fondamentali nel progresso della scienza medico-chirurgica, dalla innata genialità clinica del professionista. Si pensi, con riguardo a quest'ultima ipotesi, a strade diagnostiche o interventistiche disciplinarmente nuove o inesplorate che, in virtù di una peculiare e innovativa intuizione clinica riguardante l'inquadramento di un caso o la perfezionabilità delle tecniche già in uso, vengano percorse con successo dal medico (ovviamente) d'accordo con il paziente<sup>78</sup>. Ed è questa insopprimibile intel-

---

*la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 240.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> In argomento, vedi DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli - Bianco"*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 11-15.

<sup>78</sup> Sottolinea l'importanza di tale profilo, ricorrendo anche alla forza narrativa di una affascinante citazione storica riguardante il percorso interiormente travagliato e tecnicamente difficile che condusse un famoso medico (di nome Critobulo) a salvare Alessandro Magno, VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 183 ss. Sembra, pertan-

ligenza professionale che, nella indispensabile sinergia con la fiducia dell'assistito, può permettere di giungere, per esempio, ad un risultato diagnostico altrimenti non conseguibile in base ai parametri epistemologici consolidati (la qual cosa, per l'appunto, è avvenuta nel nostro Paese con la prima diagnosi di Covid-19, che si deve al coraggio e all'intuito clinico di una giovane anestesista dell'ospedale di Codogno che, proprio assumendosi la responsabilità di andare contro i protocolli, è riuscita a scoprire che un paziente pervenuto alla sua osservazione era affetto da questo nuovo virus<sup>79</sup>) o alla elaborazione di un nuovo e rivoluzionario tipo di intervento chirurgico più vantaggioso per la salute del malato. Ebbene, quelle descritte sono doti personali la cui valorizzazione, da un lato, presuppone il rigore dello studio e la costante ricerca della migliore copertura scientifica delle opzioni diagnostico-terapeutiche; dall'altro, costituisce coerente manifestazione dell'autonomia costituzionalmente garantita al medico<sup>80</sup> (la cui libertà clinico-professionale è, infatti, espressione del più generale principio di "libertà della scienza" sancito dall'art. 33, primo comma, della Costituzione, da leggersi in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 9, primo comma<sup>81</sup>). Autonomia del medico che necessita, nell'interesse esclusivo del paziente (cui va assicurata una cura efficace e appropriata) e nella doverosa alleanza con lo stesso («inteso kantianamente come "fine" e non come "strumento"»<sup>82</sup>), di essere declinata in chiave funzional-personalistica, senza ottusi e autoreferenziali irrigidimenti burocratici che, comunque, sono imposti anche da una pervasiva ragione economicistica legata al contenimento della spesa pubblica<sup>83</sup>. A tal riguardo potendosi, tra l'altro, evidenziare che la contrazione delle risorse pubbliche destinate agli investimenti sanitari (assurta a vero e proprio imperativo delle politiche condizionate dal feticcio finanziario della parità di bilancio), la for-

---

to, opportuno richiamare le osservazioni conclusive formulate dall'Autore. «Quando l'alleanza terapeutica sarà insomma presa sul serio, sino a farne una relazione in larga parte *autonomia* e *insindacabile* (se correttamente formata), si amplierà la libertà di orientamento pratico-scientifico (e si rasserenerà l'animo) del medico, si corresponsabilizzerà il paziente, si ridurrà a priori la conflittualità tra questi soggetti. A tutto vantaggio della salute». *Ivi*, 206.

<sup>79</sup> Vedi la ricostruzione contenuta nell'emozionante intervista resa dalla dottoressa MALARA a VISETTI, *Coronavirus, l'anestesista di Codogno che ha intuito la diagnosi di Mattia: "Ho pensato all'impossibile"*, ne *la Repubblica* (Web), 5 marzo 2020.

<sup>80</sup> Sulle coordinate e sui molteplici significati costituzionali della protezione dell'autonomia del medico, cfr. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, 3-5.

<sup>81</sup> Vedi PIRAS, *Prescrizioni off label e regole cautelari nella responsabilità medica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>82</sup> CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 12.

<sup>83</sup> A tal proposito, si rinvia alle condivisibili considerazioni di RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica*, cit., 10.

mulazione di scelte normative esiziali per la professione medica e per i bisogni dei pazienti (in quanto sganciate dalle esigenze reali del rapporto assistenziale), e, in molti casi, una cattiva gestione dell'amministrazione della sanità (ispirata solo da istanze di consolidamento elettorale dei retrostanti assetti di potere politico) hanno finito col determinare un abbassamento delle stesse possibilità di adeguata erogazione del servizio, mimetizzandosi sotto le mentite spoglie della trasfigurazione aziendalistica del nostro sistema sanitario.

Né, d'altro canto, il riferimento finale alla necessaria adeguatezza delle «raccomandazioni previste dalle predette linee guida [...] alle specificità del caso concreto» risulta risolutivo sotto il profilo della personalizzazione del trattamento medico, poiché, più che ad un'esigenza di valorizzazione della peculiarità concreta della relazione di cura, sembra rispondere ad un'istanza retorico-strumentale di politica del diritto che finisce con l'alimentare una perversa spirale di incertezza giuridica. È “clausola tattica” con la quale il legislatore si pulisce la coscienza, scaricando il peso di un irrisolvibile ossimoro normativo sulle spalle dei medici (che appaiono vieppiù esposti alle variabili e imponderabili letture di adeguatezza formulate dai giudici<sup>84</sup>) e favorendo l'espansione creativa della giurisprudenza (che è comunque chiamata a confrontarsi con le ambiguità redazionali e le deficienze tecniche dell'enunciato legislativo<sup>85</sup>).

E in questa rapsodia di incertezze, nemmeno la “Mariotti”<sup>86</sup> con la sua “metrica pontificale”<sup>87</sup> riesce a rendere più limpido l'orizzonte, visto che da tale

<sup>84</sup> CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 4, 208, evidenzia come «rimanga aperta, per il giudice, un'ampia finestra di valutazione in ordine all'adeguatezza delle linee guida rispetto al caso concreto e, con essa, la possibilità di una valutazione 'autonoma' in termini di rimproverabilità; inevitabile il timore [...] che la valutazione sull'adeguatezza al caso concreto, anziché essere effettuata *ex ante*, finisca per essere attratta in un giudizio *ex post* [...]. La giurisprudenza, di fronte alla verifica di un evento morte o lesioni 'a causa di imperizia', potrebbe essere tentata di concludere *semper* per l'inadeguatezza della scelta operata».

<sup>85</sup> La nuova disposizione codicistica viene considerata come emblematica della correlazione tra «leggi scritte male ed espansione del diritto giurisprudenziale» da LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dir. e salute*, 2019, 2, 44. Per lo sviluppo di tale tema, vedi *ivi*, 44-46.

<sup>86</sup> Ci si riferisce alla sentenza delle Sezioni Unite, 22 febbraio 2018, n. 8770.

<sup>87</sup> Sembra qui opportuno riportare integralmente i principi di diritto sanciti dalla summenzionata pronuncia delle Sezioni Unite.

«L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;
- b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

pronuncia emerge un quadro normativo (comunque) di difficile e perciò instabile lettura<sup>88</sup>.

Tuttavia, - come visto - nell'emozione suscitata dall'emergenza, il sentimento di gratitudine (espresso in ogni dove e in ogni forma) ha posto i medici al centro dell'ammirazione pubblica. Mitizzati e celebrati, hanno recuperato una considerazione sociale che sembrava ormai irrimediabilmente venuta meno. E, pertanto, quale migliore garanzia di serenità può esserci per chi svolge una attività ontologicamente allocentrica?

Ma - si sa - le emozioni sono destinate a svanire, il ricordo della paura tende ad essere rimosso in tempi rapidi. Ed ecco che il "clima" torna a cambiare<sup>89</sup>. Ed ecco che riemergono in tutta la loro importanza i temi fino a questo punto compendati. Una ragione in più per cercare di capire, al di là delle retoriche declamazioni di stima che sono visibilmente "figlie" del momento (o meglio, di quel particolare momento rappresentato dalla prima fase dell'inattesa emergenza virale), se dal dramma pandemico possano derivare nuovi spunti di riflessione in merito al futuro della "colpa medica" e, segnatamente, in merito alla possibilità/esigenza di elaborare un nuovo approccio sistematico nella disciplina di tale "campo di materia".

3. *L'attività diagnostico-terapeutica nel buio dell'emergenza pandemica.* Una descrizione fenomenologica dell'emergenza Coronavirus non può avere, in questo contesto espositivo e in questa fase temporale, alcuna pretesa di completezza ricostruttiva.

D'altronde, lo stesso sviluppo storico delle concatenazioni pandemiche (istituzionali, e non solo epidemiologiche) presenta tratti di oscurità che riguardano, ad un tempo, lo scenario internazionale<sup>90</sup> e quello nazionale<sup>91</sup>.

---

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».*

<sup>88</sup> Sul punto, vedi B. ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11, il quale esprime la «consapevolezza che, probabilmente, neppure la decisione delle Sezioni unite rappresenterà, in materia, l'ultimo e definitivo approdo», e MEZZETTI, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'ultra legem a quella dell'ante litteram*, in [www.penaedp.it](http://www.penaedp.it), il quale, tra l'altro, sottolinea l'eccentricità del *dictum* giurisprudenziale rispetto al testo legislativo.

<sup>89</sup> Emblematico, in proposito, l'articolo di PASQUALETTO, *Coronavirus, la rabbia dei medici di Pavia: «prima eroi, ora sotto accusa»*, in *Corriere della Sera* (Web), 30 giugno 2020.

<sup>90</sup> Cfr. l'inchiesta giornalistica dell'*Associated Press* intitolata *China delayed releasing coronavirus info, frustrating WHO*, in [www.apnews.com](http://www.apnews.com).

<sup>91</sup> Significativa, al riguardo, la vicenda della travagliata pubblicazione dei verbali del "Comitato Tecnico Scientifico", oggi consultabili in [www.fondazionehuigieinaudi.it](http://www.fondazionehuigieinaudi.it) (nella sezione *I verbali del Comitato*

La narrazione giuridico-istituzionale italiana<sup>92</sup> ha un punto di partenza ben preciso: la dichiarazione dello stato di emergenza con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020<sup>93</sup>. Dichiarazione immediatamente successiva alla decisione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (assunta in data 30 gennaio 2020) di dichiarare l'epidemia di Coronavirus in Cina come “emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale”<sup>94</sup>.

Ma come stanno le cose dal punto di vista della fenomenologia sanitaria? Quando, cioè, ha avuto inizio nel nostro Paese questo peculiare processo di propagazione del SARS-CoV-2<sup>95</sup>?

La questione ha notevole importanza. Al di là della statuizione governativa, vi è, più in profondità, inquietante, un piano non ancora sufficientemente esplorato, che chiama in causa la reale datazione scientifica dell'avvio della “catena italiana” di trasmissione virale.

Il richiamo alla cronologia ufficiale, infatti, non risolve il problema della messa a fuoco dell'inizio effettivo della circolazione del Coronavirus all'interno del territorio nazionale. Tale momento – così come evidenziato sia dalle ricerche virologiche dell'Istituto Superiore di Sanità (le quali analizzando le acque reflue di Milano e Torino vi hanno scoperto tracce di questo nuovo virus già nel mese di dicembre del 2019)<sup>96</sup>, sia da una ricerca dell'Istituto Nazionale dei Tumori di Milano (che, grazie alla sottoposizione a test sierologico dei campioni di sangue conservati nell'ambito di uno *screening* sul cancro al polmone, ha accertato che, addirittura, nel settembre 2019, tra i volontari coinvolti nell'indagine oncologica, vi erano soggetti asintomatici che avevano sviluppato gli specifici anticorpi al Coronavirus, già allora, dunque, presente in Italia)<sup>97</sup>, sia, infine, da una ulteriore pubblicazione scientifica di matrice accademica (la quale, mediante un'analisi retrospettiva di tamponi effettuati per

---

*Tecnico Scientifico COVID-19.*

<sup>92</sup> Vedi il quadro di sintesi elaborato dal Servizio Studi della Camera dei deputati [*Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale*] consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>93</sup> Per una disamina dei problemi posti dalle modalità di produzione giuridica veicolate dal formante emergenziale pandemico, si rinvia a STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 536 ss.

<sup>94</sup> Vedi la *Dichiarazione del Direttore Generale dell'OMS del 30 gennaio 2020*, consultabile in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

<sup>95</sup> Questo è il nome ufficiale del nuovo coronavirus, secondo la classificazione formulata dall'*International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV)*. Sul punto, vedi *Pandemia di COVID-19*, in [www.epicentro.iss.it](http://www.epicentro.iss.it)

<sup>96</sup> Vedi *CS n. 39/2020 - Studio ISS su acque di scarico, a Milano e Torino Sars-Cov-2 presente già a dicembre*, in [www.iss.it](http://www.iss.it).

<sup>97</sup> Vedi APOLONE, MONTOMOLI, MANENTI *et al.*, *Unexpected detection of SARS-CoV-2 antibodies in the pre-pandemic period in Italy*, in *Tumori Journal*, 11 novembre 2020.

casi di sospetta malattia esantematica che, in base agli esami laboratoristici, erano risultati negativi al morbillo, ha riscontrato la positività al SARS-CoV-2 del tampone orofaringeo di un bambino di quattro anni condotto in pronto soccorso in data 30 novembre 2019)<sup>98</sup> – sicuramente precede la dichiarazione formale dello stato di emergenza, ma (almeno in base alle attuali conoscenze) ne risulta impossibile la esatta determinazione. Sicché, l'impossibilità di fissare con certezza il punto di partenza della progressione epidemiologica costituisce – possiamo già evidenziarlo – un motivo di strutturale “fragilità protettiva” di qualsiasi proposta di “scudo pandemico-emergenziale” a favore dei medici.

In particolare, questo significa che, pur non essendone univocamente individuabile il punto di origine, sussiste un arco di tempo in cui l'Italia è stata attinta da un agente patogeno totalmente sconosciuto e non identificabile; un agente patogeno del quale, cioè, non era possibile effettuare alcuna catalogazione scientifica o descrizione comparativa, poiché le autorità cinesi non avevano ancora comunicato – cosa che faranno solo il 31 dicembre 2019 – lo scoppio a Wuhan di un'epidemia scatenata da un nuovo ceppo virale<sup>99</sup>.

In questo periodo di “epidemia sommersa”, quindi, i nostri medici si confrontano con un processo morbile ad eziologia completamente ignota. Il Coronavirus si muove in una certa area territoriale del nostro Paese<sup>100</sup>, ma i medici locali non hanno gli strumenti conoscitivi minimi per procedere ad un possibile riconoscimento tipologico dei casi esaminati, visto che non hanno ancora alcuna notizia della deflagrazione in Cina della crisi epidemica determinata da questa nuova, insidiosa e devastante entità virale. In questa fase di “circolazione virale occulta”, in altre parole, non dispongono di alcun parametro epistemico utile per poter formulare un'appropriata ipotesi diagnostica. Successivamente, una volta avuta contezza dell'esplosione di questa emergenza sanitaria di rilievo internazionale, la comunità medica italiana ha, almeno, la disponibilità di un termine di riferimento al quale raccordare l'esame dei peculiari casi che nel frattempo giungono, sempre più numerosi e preoccupanti.

<sup>98</sup> Vedi AMENDOLA, BIANCHI, GORI, COLZANI, CANUTI, BORGHI *et al.*, *Evidence of SARS-CoV-2 RNA in an oropharyngeal swab specimen, Milan, Italy, early december 2019*, in *Emerging Infectious Diseases*, 8 dicembre 2020.

<sup>99</sup> Sulle dinamiche infettive riguardanti i primi casi pubblicati a Wuhan, vedi LI, GUAN, WU *et al.*, *Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia*, in *The NEW ENGLAND JOURNAL of MEDICINE*, 26 marzo 2020, 1199 ss.

<sup>100</sup> Per un'analisi dei fattori ambientali che possono aver accelerato la diffusione iniziale del Coronavirus nel Nord Italia (e, in particolar modo, in Lombardia), vedi SETTI, PASSARINI, DE GENNARO *et al.*, *Potential role of particulate matter in the spreading of COVID-19 in Northern Italy: first observational study based on initial epidemic diffusion*, in *British Medical Journal*, 24 settembre 2020.

panti, alla sua osservazione. Ma si tratta di un termine di raffronto i cui tratti identitari sono indefiniti e incomprensibili. Per la precisione, viene a profilarsi un rischio del quale si conosce il *genus* (è un rischio epidemiologico correlato ad una certa “famiglia virale”) ma la cui *species* nosologica costituisce una novità assoluta.

La mancanza di modelli nomologici validati sulla base di pregresse osservazioni empirico-statistiche crea sconcerto e disorientamento nei medici, che si trovano a dover fronteggiare una patologia della quale non sanno nulla. Insomma, «nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche»<sup>101</sup>.

E tutto ciò avviene in una temperie politico-emergenziale caratterizzata da confusione e incertezze. A ben vedere, infatti, il contenimento giuspubblicistico del rischio Coronavirus avrebbe richiesto, innanzitutto, decisioni legislative fondate su attenti “bilanciamenti multifattoriali”<sup>102</sup>. Più precisamente, tanto per la formulazione normativa di tali bilanciamenti, quanto (di conseguenza) per la predisposizione di una articolata e coerente strategia pubblicistica di intervento sarebbe stato doveroso (e utile) che la decisione politica passasse attraverso il percorso deliberativo-istituzionale della condivisione parlamentare, declinata almeno nella forma dello scrutinio successivo esercitato dal Parlamento in sede di conversione dei decreti-legge, ove adottati dal Governo in presenza di quei *casus straordinari di necessità e d’urgenza* che (ex art. 77 Cost.) ne rappresentano i presupposti di emanazione. E, invece, il “formante pandemico-emergenziale” è un tripudio di “messaggi extralegislativi” (nazionali e regionali) che irrompono perfino nel campo penale e, più ampiamente, punitivo<sup>103</sup>.

E mentre la scena politica è dominata da statuizioni monocratiche e rappresentazioni comunicative autocentrate, i luoghi di assistenza medica diventano lo scenario di una disperata lotta per la salvezza della vita dei pazienti. Il contesto è drammatico e riporta il significato della relazione terapeutica alla sua nuda essenza: non c’è tempo e non c’è spazio per contrapposizioni e tensioni intersoggettive; c’è solo l’esigenza, condivisa e immediata, di salvare il malato. Per questo, ad esempio, di fronte all’afflusso improvviso, continuo e ingestibi-

<sup>101</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, 10.

<sup>102</sup> Per le indispensabili precisazioni concettuali relative a tale paradigma politico-criminale, si rinvia a CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1100-1101.

<sup>103</sup> In argomento, volendo, vedi RIZZO, *op. cit.*, *passim*.

le delle innumerevoli persone con gravi problemi respiratori che hanno bisogno di essere assistite, i ritmi di lavoro diventano massacranti e, in mancanza di personale specialistico, si ricorre anche a medici afferenti a branche prive di diretta competenza clinico-sintomatologica.

Ma tutto ciò può non essere sufficiente: l'opera di salvaguardia della vita degli ammalati si scontra con un ostacolo durissimo ed eticamente insopportabile, sul quale sembra utile soffermarsi poiché consente di comprendere bene quale sia stato l'impatto del Coronavirus sull'attività medica e quali siano i problemi endemici che affliggono il nostro sistema sanitario.

Si profila, infatti, una strutturale discrepanza (prodotta dai tagli indiscriminati alla spesa sanitaria) tra richieste/bisogni di cura e risorse/strumenti disponibili dalla quale erompe il tema delle "scelte tragiche": se le terapie intensive sono saturate e, dunque, non possono trovarvi ricovero tutti i pazienti bisognosi di assistenza respiratoria a quali tra questi si dovrà dare priorità?

Da un punto di vista bioetico, la questione può essere affrontata secondo due, opposte, prospettive.

L'approccio utilitarista gestisce l'assegnazione delle risorse curative limitate privilegiando coloro che, in proiezione, abbiano più anni da vivere o possano usufruire di una più alta qualità di vita. Pertanto, tale criterio, se radicalizzato, conduce automaticamente ad una generalizzata (e, con tutta evidenza, costituzionalmente inaccettabile) postergazione dei soggetti più anziani o, comunque, categorialmente più deboli per condizioni fisiche, psichiche e, addirittura, socio-economiche<sup>104</sup>.

L'approccio, per così dire, egualitario accomuna, invece, quegli orientamenti teorici che, sia pure con sfumature diverse, muovendo dalla rivendicazione della pari dignità di tutti gli esseri umani, affermano che l'unico legittimo criterio regolativo della distribuzione di risorse terapeutiche scarse è rappresentato da una valutazione oggettiva e concreta delle condizioni cliniche di ogni paziente - effettuata dal medico in scienza e coscienza, caso per caso, in termini diagnostici (gravità della situazione dell'ammalato e urgenza dell'intervento di assistenza medica) e prognostici (probabilità di successo del trattamento di cura), secondo canoni di appropriatezza e di proporzionalità - e, quindi, ritengono arbitraria ogni selezione legata a fattori presuntivi di tipo anagrafico, antropologico o sociale, quali, appunto, l'età, la disabilità (fisica o psichica) o la povertà<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1, 363.

<sup>105</sup> Cfr. *ivi*, 367.

Anche nel “discorso pubblico” italiano si possono cogliere, sebbene in forme non estremizzate, i riflessi di questa (macro)dialettica teorica.

Il dibattito interno ha inizio il 6 marzo del 2020, nella drammatica prima fase della nostra emergenza epidemiologica, in uno scenario di eccezionale gravità, con un documento della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI)<sup>106</sup> nel quale sono rinvenibili alcuni passaggi - quelli relativi alla rilevanza del profilo anagrafico - «che, seppur non esplicitamente utilitaristi, presentano alcuni elementi interpretabili in questa logica»<sup>107</sup> e, quindi, comunque, «rischiano di introdurre nella prassi criteri d'impostazione utilitarista»<sup>108</sup>.

Il Presidente della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO), pur definendo tale documento come un vero e proprio «grido di dolore»<sup>109</sup>, pone, però, subito l'accento sul dovere di curare tutti i pazienti senza discriminazioni (dovere di chiara ascendenza costituzionale, puntualmente sancito dal codice deontologico dei medici) e sull'esigenza di una discussione più ampia (estesa a tutto il mondo della professione medica, alle istituzioni e alla società) volta, innanzitutto, ad evitare il verificarsi di situazioni tanto disperate da imporre scelte dolorose come quelle prospettate dalla SIAARTI.

La doverosa declinazione costituzionalistica dell'allocazione delle risorse sanitarie in condizioni di scarsità delle stesse viene, poi, ribadita dal Comitato Nazionale per la Bioetica. Il Comitato, in particolare, richiama quali imprescindibili basi assiologiche e argomentative: il diritto alla salute (che è diritto fondamentale dell'individuo *ex art. 32 Cost.*), il principio personalista e il correlato dovere di solidarietà (sanciti dall'*art. 2 Cost.*), il principio di eguaglianza (*ex art. 3 Cost.*), nonché la garanzia di erogazione delle cure secondo criterio universalistico ed egualitario (garanzia che è diretta proiezione dei suddetti principi) affermata dalla legge n. 883/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale<sup>110</sup>. La linea operativa tracciata dal Parere è chiara. Prioritariamente occorre fare tutto il possibile (in sede di elaborazione e attuazione delle politiche

---

<sup>106</sup> Il documento della SIAARTI, intitolato *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*, è reperibile in [www.siaarti.it](http://www.siaarti.it).

<sup>107</sup> PALAZZANI, *op. cit.*, 364.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> ANELLI (FNOMCeO) su documento Siaarti: “Nostra guida resta il Codice deontologico”, in [www.portale.fnomceo.it](http://www.portale.fnomceo.it).

<sup>110</sup> Vedi Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, cit., 5-6.

sanitarie) per evitare di giungere a simili, tragiche carenze di mezzi di assistenza terapeutica e, dunque, per curare tutti senza contingentamenti. Tuttavia, nel caso in cui si debba gestire in maniera necessariamente selettiva una situazione ormai ineludibile di eccezionale squilibrio tra risorse e bisogni, si dovrà far ricorso (per ragioni costituzionali di giustizia, equità e solidarietà) al criterio clinico, che viene definito come «il più adeguato punto di riferimento per l’allocazione delle risorse medesime»<sup>111</sup>. Di converso, «ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l’età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l’appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile»<sup>112</sup>.

Occorre, infine, segnalare due iniziative recenti.

Prima, FNOMCeO e SIAARTI, a conclusione dei lavori di una commissione paritetica composta dai rispettivi rappresentanti, hanno elaborato un documento congiunto<sup>113</sup> con lo scopo di fornire un supporto decisionale al medico gravato del terribile peso della scelta terapeutica in condizioni di insufficienza dei mezzi di assistenza vitale. Il documento è sintetico ma denso di contenuti. Volendone mettere a fuoco alcuni aspetti caratterizzanti, colpisce, primariamente, l’affermazione della necessità di un giudizio clinico ponderato, caratterizzato da parametri di formulazione rispettosi dei diritti e della dignità della persona e informato ai principi di eguaglianza e di equità nell’accesso ai trattamenti<sup>114</sup>. L’ispirazione clinico-personalista e non discriminatoria viene confermata e precisata nei punti successivi. Si dice, infatti, che, a fronte della situazione di squilibrio, il medico dovrà, prima di tutto, «espletare ogni azione possibile per ottenere le necessarie risorse aggiuntive»<sup>115</sup>. E, qualora tale squilibrio persista, nello stabilire la precedenza curativa andranno applicati «criteri rigorosi, espliciti, concorrenti e integrati, valutati sempre caso per caso, quali: la gravità del quadro clinico, la comorbilità, lo stato funzionale pregresso, l’impatto sulla persona dei potenziali effetti collaterali delle cure intensive, la conoscenza di espressioni di volontà precedenti nonché la stessa età biologica, la quale non può mai assumere carattere prevalente»<sup>116</sup>. Ovviamente, deve essere bandita ogni forma di “abbandono terapeutico”, sicché coloro che non

---

<sup>111</sup> *Ivi*, 7.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Si tratta del *Documento Finale FNOMCeO - SIAARTI* del 22 ottobre 2020, consultabile in [www.siaarti.it](http://www.siaarti.it)

<sup>114</sup> Vedi *ivi*, punti c) e c.1).

<sup>115</sup> *Ivi*, punto d.1).

<sup>116</sup> *Ibidem*.

hanno accesso al trattamento intensivo «sono comunque presi in carico prestando loro le cure appropriate e proporzionate di cui vi sia disponibilità»<sup>117</sup> e, in caso di progressione della patologia, devono essere assistiti in modo che ne sia garantita la dignità e ne siano alleviate le sofferenze fisiche, psichiche e spirituali<sup>118</sup>. Appare chiara la volontà dei redattori di inscrivere il documento nel quadro dei valori fissati dalla Costituzione e dal codice deontologico, ribadendo costantemente l'adozione di un approccio di natura personal-solidaristica<sup>119</sup> che è ben diverso dalle visioni meramente utilitaristiche. Il giudizio clinico viene configurato come giudizio dinamico, concreto e multifattoriale, nella cui formulazione non trova spazio l'età anagrafica ma - e la precisazione è significativa - l'età biologica, che, tuttavia, non può mai prevalere sugli altri parametri valutativi. In tal modo, cioè, si vuole rimuovere definitivamente l'idea che la risposta all'angosciante quesito selettivo sia già scritta nella data di nascita dei pazienti che hanno necessità di essere assistiti.

Da ultimo, sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida<sup>120</sup> è stata avviata la consultazione pubblica di un documento redatto dalla SIAARTI e dalla SIMLA (Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni)<sup>121</sup>. Anche questo documento richiama i suddetti principi costituzionali e deontologici e, preliminarmente, pone a presidio degli stessi la responsabilità organizzativa di tutte le istituzioni competenti, alle quali spetta il compito di predisporre adeguate strategie gestionali atte, in via principale, a prevenire la insufficienza delle risorse sanitarie e, poi, in caso di emergenza, a fronteggiare la situazione di crisi (aumentando le risorse insufficienti o ridistribuendole in base alle condizioni delle realtà territoriali)<sup>122</sup>. Qualora, però, si riveli impossibile adeguare la risposta organizzativa e, pertanto, non si possa garantire la copertura terapeutica di tutti i pazienti, occorre che tale contingenza venga dichiarata in maniera trasparente e sia gestita in modo da assicurare «i trattamenti di supporto vitale

---

<sup>117</sup> *Ivi*, punto d.2).

<sup>118</sup> Vedi *ivi*, punto f).

<sup>119</sup> In proposito, risultano straordinariamente attuali le considerazioni penalistiche sulla dignità dei soggetti più fragili (considerazioni chiaramente riconducibili al paradigma del personalismo costituzionale) formulate da A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 130-131 e 145-146.

<sup>120</sup> [www.snlg.iss.it](http://www.snlg.iss.it)

<sup>121</sup> Il documento, intitolato *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia da Covid-19*, è stato inviato al Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure dell'Istituto Superiore di Sanità in data 11 novembre 2020 ed è reperibile anche in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it)

<sup>122</sup> Vedi *ivi*, 8-9.

al maggior numero possibile di pazienti che ne possano avere benefici»<sup>123</sup>. A tale scopo, in luogo del criterio meramente cronologico (fondato sull'ordine di arrivo dei pazienti stessi) o di quello casuale (basato sul semplice sorteggio), bisogna ricorrere al *triage* di terapia intensiva<sup>124</sup>. Tale valutazione selettiva passa attraverso una comparazione delle situazioni cliniche complessive degli ammalati, finalizzata a stabilire «le probabilità di superare l'attuale condizione critica con il supporto delle cure intensive»<sup>125</sup>. Anche qui si ribadisce la natura deonticamente articolata e concreta di tale giudizio, che, quindi, strutturandosi come bilanciamento contestualizzato di fattori clinici, non può essere fondato su presunzioni o su gerarchie/assolutizzazioni commisurative. Tra i parametri di riferimento viene citata anche l'età (qui intesa come età anagrafica), ma si precisa che la stessa «deve essere considerata nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di *cut-off* predefiniti»<sup>126</sup>. Si sostiene, infatti, che solo a parità delle altre condizioni cliniche l'«età in anni»<sup>127</sup> possa assumere rilievo in questa valutazione complessiva del paziente, poiché «con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive»<sup>128</sup>. In altre parole, riemerge il fattore anagrafico, ma viene concepito dai compilatori come termine sussidiario di un giudizio del quale si rimarca la natura complessa e dinamica, cercando in tal modo di allontanare possibili interpretazioni di segno utilitaristico.

Questa la discussione scientifico-istituzionale in merito al doloroso dilemma terapeutico sollevato dalla pandemia. Quale che ne sia l'esito, va, comunque, rilevato che i medici sono chiamati, ancora una volta, a farsi carico delle carenze e delle disfunzioni di un intero sistema; sono gravati del compito di preservare un equilibrio così delicato e fragile in condizioni difficilissime e in contesti umani saturi di sofferenza; sono costretti, in definitiva, ad assumere decisioni che risultano contrarie alla natura universalmente salvifica e altruistica della professione che esercitano.

Riepilogando, l'attività medica al cospetto del Coronavirus si svolge tra incertezze scientifiche evidenti e difficoltà organizzative tanto gravi da tradursi in tragedia non solo per i malati e le loro famiglie, ma anche per gli stessi medici, obbligati a svolgere un ruolo arbitrario che ne mette in crisi l'identità professionale. Vocati a curare tutti, possono addirittura (in condizioni di inevita-

---

<sup>123</sup> *Ivi*, 10.

<sup>124</sup> Vedi *ibidem*.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Ivi*, 12.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

bile scarsità di mezzi) vedersi costretti a scegliere i pazienti ai quali prestare assistenza, negandola irrimediabilmente agli altri.

Eppure – lo abbiamo accennato –, nonostante gli sforzi profusi e i drammi affrontati, incomincia presto a manifestarsi lo spettro di possibili conseguenze giudiziarie a loro carico<sup>129</sup>.

4. *Lo spettro penalistico*. Questo amaro paradosso, ovviamente, stimola le riflessioni dei penalisti. Ne nasce un ideale dialogo fatto di analisi, osservazioni e proposte che forniscono le coordinate (per quanto qui ed ora di nostro interesse) dell'inquadramento penalistico della specifica posizione dei medici<sup>130</sup> impegnati in un'opera di salvaguardia della salute individuale e collettiva resa oggi ancor più complicata e drammaticamente difficile dalla pandemia. Inquadramento relativo sia all'articolato panorama fenomenologico<sup>131</sup> delle ipotesi di rischio penale astrattamente prospettabili sia, in corrispondenza, alle possibili direttrici di esenzione da responsabilità penale.

Preliminarmente si pone il problema di delimitare l'area delle fattispecie criminose teoricamente configurabili. Al riguardo, l'orientamento prevalente circoscrive lo spazio normativo dei titoli di reato, potenzialmente rilevanti in sede ermeneutica, all'omicidio e alle lesioni di matrice colposa, escludendone, quindi, l'epidemia colposa, poiché, nel quadro empirico *de quo*, non si rinviene quella «signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico [che è] un requisito selettivo indispensabile»<sup>132</sup> ai fini dell'applicabilità di tale fattispecie<sup>133</sup>.

Realisticamente, nello svolgimento di eventuali procedimenti penali, potrebbero confrontarsi due schemi alternativi<sup>134</sup>: l'uno di stampo vittimologico, potenzialmente produttivo di forzature estensive e flessibilizzazioni probatorie indotte da una assolutizzata anteposizione assiologica dei beni coinvolti; e

<sup>129</sup> Vedi CUPPINI, *L'allarme dei medici: «Rischiamo di essere travolti dalle cause per Covid»*, in *Corriere della Sera* (Web), 17 aprile 2020.

<sup>130</sup> In questa sede, quindi, non ci occuperemo del tema della possibile configurazione di una responsabilità penale dei vertici amministrativi e politici. In argomento, vedi BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 101 ss.

<sup>131</sup> Vedi il quadro delle possibili ipotesi di rischio penale tratteggiato da CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 1-2.

<sup>132</sup> BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus*, cit., 89.

<sup>133</sup> La rilevanza selettiva del requisito del «*dominio originario*» è evidenziata anche da GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 888.

<sup>134</sup> Secondo la illuminante prospettazione offerta da GARGANI, *op. loc. cit.*

l'altro di matrice personal-garantista, teso, per esempio, a rimarcare l'importanza del principio di personalità della responsabilità penale e dei relativi corollari, facendo in modo che «il rischio della creazione di “capri espiatori” [possa] essere evitato attraverso l'adeguata valutazione della sovrachiantante influenza esercitata dalla dimensione *sistemica* dell'emergenza sulle condotte individuali»<sup>135</sup>.

Schemi, questi, che ripropongono un'alternativa politico-criminale nota ai penalisti, ma oggi più che mai universalmente percepibile (anche da parte dei “laici”) nella dolorosa concretezza delle sue implicazioni<sup>136</sup>.

Costituzionalmente doveroso il riconoscimento di meritevolezza valoriale del secondo percorso ermeneutico (che impone all'interprete di dare il dovuto rilievo «al particolare sovraccarico di lavoro, alla compresenza di indicazioni contrastanti od incerte, all'esiguità dei tempi di decisione»<sup>137</sup>), resta, tuttavia, da capire se la piena realizzazione dell'istanza ad esso sottesa necessiti della introduzione di una disciplina apposita o possa essere ragionevolmente affidata all'uso dei mezzi normativi già disponibili, eventualmente traendo spunto da questa opera di scutinio interpretativo per elaborare e proporre possibili ipotesi di ulteriore riforma strutturale della disciplina riguardante la materia della “colpa medica”.

Lo scenario pandemico – lo si è visto – è magmatico e complesso. Tuttavia, se ne possono individuare alcuni tratti distintivi che forniscono le linee argomentative della discussione scientifica.

Nella tempesta sanitaria colpiscono subito le peculiari condizioni di precarietà organizzativa connesse alla esiguità del personale specialistico. Carenze per far fronte alle quali – come anticipato – si rendono volontariamente disponibili all'assistenza anche medici privi delle specializzazioni disciplinari specificamente richieste dal trattamento del Covid. In dottrina, immediatamente, si sottolinea il carattere paradossale della configurazione di una eventuale responsabilità di tali operatori (per il caso di eventi avversi) fondata sull'assioma dell'«assunzione volontaria del rischio, di norma punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe condurre all'astenersi dall'attività»<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> Vedi FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carità*, in ID. (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, (in particolare) 28.

<sup>137</sup> PICOTTI, FLOR, *Emergenza Covid-19 e responsabilità del personale medico-sanitario*, in [www.univrmagazine.it](http://www.univrmagazine.it).

<sup>138</sup> CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

Nondimeno, volgendo lo sguardo alle coordinate ermeneutiche tracciate dalla (summenzionata) sentenza Mariotti, se ne ricava che le ipotesi di esonero da responsabilità ivi disegnate non sono applicabili – in considerazione della situazione di incertezza scientifica (significativamente attestata dalla assenza di linee guida accreditate e di buone pratiche clinico-assistenziali<sup>139</sup>) e delle difficoltà organizzative e gestionali legate alla insufficienza sia di posti nelle terapie intensive che di personale specializzato – alle «specificità dell'emergenza Covid-19»<sup>140</sup>.

Pertanto, nell'analisi formulata dalla dottrina adesso citata, si ritiene necessaria l'introduzione di una disciplina *ad hoc* temporalmente correlata alla durata dell'emergenza pandemica e funzionalmente raccordata alle peculiari caratteristiche del nuovo rischio virale e della conseguente risposta medica (ferma restando, comunque, la possibilità, una volta finita la fase emergenziale, di muovere da tale esperienza per procedere ad una riforma di carattere strutturale). E, in quest'ottica, viene proposto un ampliamento delle ipotesi di non punibilità colposa, da realizzarsi predisponendo una articolata operazione normativa e segnatamente: limitando tale responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave; estendendo tale limite anche ai casi di negligenza e imprudenza; introducendo una definizione di colpa grave che faccia riferimento alla «macroscopica violazione di regole o protocolli cautelari»<sup>141</sup> e che tenga in considerazione i già richiamati fattori di contesto (vale a dire, il numero di pazienti assistiti contemporaneamente, il livello organizzativo della struttura in relazione al rischio emergenziale in questione, l'eventuale diversità della qualifica specialistica dell'operatore rispetto alla tipologia di prestazione erogata); allargando la possibile irresponsabilità anche a fattispecie colpose diverse dalle lesioni e dall'omicidio (l'Autore, infatti, fa riferimento anche «ad altri eventi avversi e alla possibile contestazione del delitto di epidemia colposa nei riguardi del medico costretto ad operare in assenza di adeguati presidi protetti-

---

<sup>139</sup> Ricordiamo che, ai sensi del 590-*sexies* c.p., in mancanza di “linee guida”, le “buone pratiche” possono assumere rilevanza sussidiaria ai fini della non punibilità dell'agente. Anche in relazione a tali parametri, tuttavia, l'orizzonte è nebuloso. Ne abbiamo conferma dalla stessa lettura della pagina dedicata, per l'appunto, alle *buone pratiche* in materia di *COVID-19 (Corona Virus Disease)* all'interno del sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida (sul punto, cfr. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 14). Ci troviamo, infatti, al cospetto di una rassegna inevitabilmente precaria e inesauritiva, poiché, allo stato attuale, non è possibile ricondurre a chiarezza, completezza e sintesi esplicativa un dibattito scientifico che risulta particolarmente complesso, conflittuale e, naturalmente, in continua evoluzione.

<sup>140</sup> CUPELLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>141</sup> *Ibidem.*

vi»<sup>142</sup>); e, infine, ragionando «sul peso da attribuire, in una situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee-guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali anche non ancora consolidate»<sup>143</sup>.

L'oscurità scientifico-cognitiva e la situazione di caos organizzativo possono, però, essere lette anche con metriche differenti, orientate (sia pure con varietà di accenti, di soluzioni dommatiche e di visioni prospettiche) ad affermare subito la non punibilità dei medici, senza dover attendere per forza un intervento legislativo specificamente correlato alla crisi epidemiologica in atto.

Così, utilizzando questa diversa diottria, si evidenzia che l'emergenza Coronavirus ha posto i medici di fronte ad un rischio eccezionale, anomalo, e, in quanto tale, non riconducibile all'archetipo della «colpa medica "normale"»<sup>144</sup>. E, perciò, si afferma che «le situazioni che si sono create hanno determinato i presupposti per un'esenzione da responsabilità che va ben oltre la problematica dell'operatività dell'art. 590-*sexies*, il quale riguarda situazioni di complessità che attengono comunque alla normalità»<sup>145</sup>. Dunque, in quest'ottica, la questione della introduzione di uno «scudo» per i medici impegnati a fronteggiare l'emergenza pandemica va risolta alla radice, poiché «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari»<sup>146</sup>.

Altri Autori sono accomunati dalla fiducia nella capacità degli interpreti di sviluppare letture storico-giuridiche improntate a ragionevolezza e ponderazione. E sostengono (rispettivamente) che, alla luce delle esaminate condizioni emergenziali di svolgimento dell'attività assistenziale, «una ragionevole ermeneutica dei contesti di fatto dovrebbe poter condurre comunque a delimitazioni ragionevoli della responsabilità»<sup>147</sup> e che la magistratura, facendo «esercizio di quella *prudencia* che sola riesce a tenere in bilico la colpa "senza regole" nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio»<sup>148</sup>, dovrà tener conto della straordinarietà di una situazione caratterizzata da «un male tanto umanamente devastante nei suoi effetti quanto scientificamente oscuro nelle sue cause e nelle sue caratteristiche biologiche»<sup>149</sup>. Insomma, l'appello all'equilibrio degli interpreti, per un verso, vale a

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> BARTOLI, *op. ult. cit.*, 96.

<sup>145</sup> *Ivi*, 99.

<sup>146</sup> *Ivi*, 100.

<sup>147</sup> PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo*, cit. , 8.

<sup>148</sup> PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>149</sup> *Ibidem*.

superare la necessità di ricorrere ai cosiddetti “scudi legali”, ma, per altro verso, indica anche la strada da percorrere e, segnatamente, serve a mettere in guardia dai pericoli astrattivi e manipolatori potenzialmente insiti in una invocazione cieca della colpa generica e nella arbitraria elaborazione/implementazione postuma di «un agente tanto modello da essere lontano – se non negato – dalla realtà»<sup>150</sup>.

L’opzione degli “scudi”, in altra analisi, viene contestata anche sotto il profilo “culturale”. Infatti, – si dice – «trasmette l’idea che l’ordinamento penale non sia attrezzato a fronteggiare lo stato di emergenza e che si renda necessario garantire immunità rispetto a condotte colpose diffuse (se non seriali)»<sup>151</sup>. Per quanto, invece, concerne la individuazione dei percorsi dommatici di esclusione della responsabilità, la dottrina in discorso fornisce due coordinate. Ponendosi sotto l’angolo visuale dello squilibrio – venutosi a determinare in alcune aree territoriali nella prima fase della pandemia – tra necessità assistenziali (drammaticamente alte) e risorse disponibili (drammaticamente limitate), l’interprete dovrebbe innanzitutto valutare se questa situazione emergenziale si sia tradotta in difetto dei poteri impeditivi dell’evento riferibili al «”garante” della salute e della vita del contagiato bisognoso di cure»<sup>152</sup>. Inoltre, la valutazione di tale contesto potrebbe assumere rilievo anche in sede di verifica della misura soggettiva della colpa, permettendo «di prendere in considerazione il peso e il condizionamento delle peculiari *condizioni* personali, ambientali ed organizzative sottese alla condotta inosservante»<sup>153</sup>.

Vi è, poi, una ulteriore chiave di lettura. Come detto, l’emergenza pandemica odierna è contraddistinta da incertezze riguardanti l’origine del virus, l’andamento della carica virale e, dunque, le stesse modalità di cura del Covid-19<sup>154</sup> che, infatti, viene affrontato attraverso la prescrizione di farmaci *off-label* (farmaci utilizzati con una indicazione terapeutica differente rispetto a quella ufficialmente registrata) o mediante il ricorso a prodotti farmacologici ancora in fase di sperimentazione (secondo il c.d. uso compassionevole)<sup>155</sup>. Ebbene, in un quadro così incerto non può configurarsi una eventuale imperizia del medico nella gestione del rischio Covid, posto che la stessa sarebbe «individuabile solo *ex post* sulla base di dati attualmente non conoscibili e

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> GARGANI, *op. cit.*, 889.

<sup>152</sup> *Ivi*, 892.

<sup>153</sup> *Ivi*, 893.

<sup>154</sup> Vedi RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *www.discrimen.it*, 4-5.

<sup>155</sup> Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *La sperimentazione biomedica per la ricerca di nuovi trattamenti terapeutici nell’ambito della pandemia Covid-19: aspetti etici*, 22 ottobre 2020, 5-6.

certo non conosciuti agli stessi sanitari al comparire dei primi casi acclarati»<sup>156</sup>. Pertanto, già ragionando sulla base dell'attuale dato normativo, dovrebbe comunque escludersi la possibilità di ritenere integrata la tipicità colposa dei fatti dedotti ad oggetto di un eventuale sindacato giudiziario, poiché la stessa postula, innanzitutto, che la regola cautelare che si assume violata sia determinata e previamente conoscibile<sup>157</sup>. E, senza dubbio, questi requisiti non sono riferibili a delle «indicazioni terapeutiche basate su evidenze scientifiche incerte o comunque non sufficientemente diffuse e condivise»<sup>158</sup>, trattandosi di manifestazioni epistemiche carenti di determinatezza e insuscettibili di dar luogo ad asseverazioni processuali caratterizzate dal dovuto rigore probatorio.

D'altronde, ad integrazione di questo argomento, potrebbe rivelarsi ermeneuticamente utile il riferimento alla «rilevanza penale dei soli casi di imperizia grave ex art. 2236 c.c.»<sup>159</sup>, così da dare il dovuto rilievo a «variabili contestuali imponderabili, legate alla mutevolezza del quadro patologico e all'esiguità delle risorse disponibili: condizioni sicuramente sussumibili nel concetto di *speciale difficoltà della prestazione*»<sup>160</sup> ivi contemplato.

Dunque, pur nella mancanza di linee guida, le variabili disfunzionali dell'attuale contesto emergenziale (contrassegnato, come detto, da peculiari e inevitabili carenze scientifico-cognitive, esperienziali, organizzative e tecnico-assistenziali) ben potrebbero ricondursi allo spettro normativo di quei «problemi di speciale difficoltà» alla cui rilevanza si raccorda il criterio selettivo posto dall'art. 2236<sup>161</sup>. Disposizione la cui «regola di esperienza» potrebbe essere estesa dalla giurisprudenza «anche a casi di imprudenza e negligenza lievi [...], soprattutto se si riconosca che, in concreto, i confini fra le tre matrici della colpa generica sovente sfumano fino a dissolversi, e si riempia il concetto di imperizia delle nozioni di imprudenza e negligenza qualificate dalla violazione delle *leges artis*»<sup>162</sup>. Disposizione che, inoltre, già in fase di indagini preliminari, potrebbe essere utilizzata in ottica deflattiva dal magistrato del pubblico

---

<sup>156</sup> RISICATO, *op. ult. cit.*, 5.

<sup>157</sup> Sul punto, non possiamo che rinviare a MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, 706.

<sup>158</sup> ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 19.

<sup>159</sup> RISICATO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>160</sup> *Ivi*, 6.

<sup>161</sup> Vedi CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 9.

<sup>162</sup> *Ivi*, 10-11.

ministero, concependola quale parametro atto a facilitare «la prognosi sulla capacità dell'accusa di reggere l'urto del dibattimento»<sup>163</sup>.

Ma vi è un altro aspetto fattuale da esaminare. Le carenze organizzativo-terapeutiche e la aggressività della patologia, che comporta peggioramenti improvvisi e rapidi delle condizioni respiratorie della persona infetta, possono condurre verso il baratro che abbiamo descritto nel paragrafo precedente. Infatti, la insufficienza delle risorse sanitarie rispetto alle esigenze di cura intensiva impone al medico di scegliere chi curare e, quindi, salvare.

Invero, da un punto di vista ordinamentale, il fatto stesso di doversi confrontare con questo dilemma attesta comunque «un fallimento dell'obbligo statutale di cura»<sup>164</sup>. Nel contempo, una simile deriva segna una dolorosa alterazione dell'equilibrio assiologico della relazione terapeutica, visto che ne sposta il baricentro decisionale dal lato del medico<sup>165</sup> costringendolo ad operare una scelta eticamente complessa e umanamente traumatizzante. Scelta che è totalmente diversa rispetto alle ordinarie dinamiche di *triage*, le quali presuppongono «un'insufficienza di risorse che viene assunta come transitoria e superabile»<sup>166</sup>, ossia gestibile in modo da garantire progressivamente (secondo un sistema organizzato per codici di gravità) la cura di tutti i pazienti.

Ora, quali sono le coordinate di qualificazione penalistica di questa dolorosa ipotesi?

Nel solco delle esemplificazioni di carattere teorico-generale tradizionalmente proposte dalla manualistica<sup>167</sup>, si ritiene che la condotta del medico che, costretto (a causa della insufficienza dei presidi di trattamento intensivo) a scegliere chi curare, decida di intubare il paziente che ha maggiori possibilità di sopravvivere, in tal modo provocando il decesso di quello escluso, possa essere ricondotta nell'alveo normativo dello «stato di necessità»<sup>168</sup>.

Altro Autore ha, inoltre, evidenziato come, nella fase più acuta dell'emergenza epidemiologica, la «scelta tragica» abbia assunto un'ulteriore

---

<sup>163</sup> *Ivi*, 12.

<sup>164</sup> LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid 19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4, 13.

<sup>165</sup> Vedi *ivi*, 12.

<sup>166</sup> BATTARINO, *Risposta all'emergenza sanitaria e triage. Appunti per una lettura penalistica*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>167</sup> Vedi, *ex multis*, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, terza edizione, Torino, 2008, 337-338.

<sup>168</sup> Vedi CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid 19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in FORTI (a cura di), *Le regole e la vita*, cit., 111.

espressione, ancora più angosciante rispetto a quella descritta, operando non solo sincronicamente ma anche diacronicamente (ossia per sostituzione del paziente in trattamento)<sup>169</sup>. Pertanto, una situazione così estrema e problematica non può essere ridotta ad una questione di “adempimento del dovere” da parte del medico, ma – come detto – sussistendone gli estremi, può essere inquadrata solo ricorrendo a quella «risposta secondo equità»<sup>170</sup> fornita dal combinato disposto degli artt. 54 c.p. e 2045 c.c., vista l’esigenza di tenere nella dovuta considerazione la peculiare posizione dell’ammalato escluso dalla cura intensiva.

E infatti, con riferimento all’opera di cernita vitale cui il medico è costretto nelle ipotesi di irrimediabile contingentamento terapeutico, si è giustamente rimarcato che la specifica rilevanza applicativa dello “stato di necessità” deve essere raccordata alla sua «dimensione scusante, fondata sull’*inevitabilità* del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell’azione necessitata su un terzo innocente»<sup>171</sup>. Questo, ferma restando la teorica configurabilità a carico del medico di «un eventuale eccesso colposo nel caso in cui il bilanciamento tra bene salvato e sacrificato sia stato fondato su valutazioni eccentriche»<sup>172</sup>.

Anche qui, dunque, si allunga l’ombra della responsabilità colposa. Con tutte le virtualità ermeneutiche legate ad un contesto di conclamata fragilità organizzativa, attraversato da intuibili convulsioni etico-professionali e relazionali, caratterizzato dalla incertezza contenutistica degli stessi criteri di valutazione selettiva (così come abbiamo avuto modo di osservare, per sommi capi, in sede di ricostruzione del travagliato dibattito bioetico che si sta svolgendo intorno al tema delle “scelte tragiche”). Un contesto nel quale, in definitiva, risulta patente la iperbolica difficoltà/complessità del bilanciamento valutativo che deve essere effettuato dal medico chiamato a decidere chi sottoporre a cura intensiva.

Insomma, la narrazione fenomenologica del rischio colposo incombente sui medici al cospetto del Covid propone situazioni ignote e tumultuose, la cui drammaticità non era immaginabile nella quotidianità prepandemica.

Resta ora da capire quale linea ermeneutica sarà seguita dalla magistratura e, in primo luogo, (per quel che concerne l’impostazione operativa delle eventuali attività di indagine preliminare) dagli uffici del pubblico ministero. In

---

<sup>169</sup> Vedi LOSAPPIO, *op. ult. cit.*, 12.

<sup>170</sup> *Ivi*, 13.

<sup>171</sup> RISICATO, *op. ult. cit.*, 7.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

proposito, all'interno degli "orientamenti per gli Uffici di Procura" elaborati dalla Procura Generale presso la Cassazione<sup>173</sup>, possiamo reperire una interessante *informativa in tema di indagini sulla responsabilità sanitaria nella emergenza da Covid-19*<sup>174</sup>. In questo documento si evidenzia che il percorso di configurabilità della responsabilità colposa deve partire dalla preliminare individuazione della regola cautelare che, secondo una valutazione *ex ante* raccordata alle specificità culturali (livello delle conoscenze disponibili in quel momento) e territoriali (condizioni organizzative e capacità di risposta assistenziale proprie di quella Regione e di quella struttura sanitaria) che segnano l'evoluzione clinico-scientifica e l'articolazione gestionale del contrasto al Coronavirus, andava osservata nel caso concreto. L'operazione, tuttavia, risente delle difficoltà legate alla (già rilevata) "novità" dell'agente virale. L'*informativa*, infatti, riferisce delle richieste inoltrate alle autorità sanitarie allo scopo di avere notizia delle cognizioni progressivamente acquisite in relazione al virus e alle possibilità di trattamento terapeutico, quali risultanti anche da documenti e *indicazioni*<sup>175</sup> di vario ordine, pur se non qualificabili – lo dice la stessa Procura Generale – come linee guida in senso proprio.

Ora, a fronte della meritoria precisazione dommatica, ci sembra che la possibilità di identificazione certa di parametri cautelari chiaramente delineabili *ex ante* (identificazione sulla quale, correttamente, si fonda il modello teorico-generale sostenuto dall'*informativa*) sia, però, di fatto, preclusa – come abbiamo già visto e come avremo ulteriormente modo di ribadire – dalla stessa fenomenologia della crisi pandemica e dalla oggettiva conflittualità che anima la discussione scientifica intorno al Coronavirus. D'altronde, ne abbiamo conferma dalle concrete modalità di ricostruzione prospettate da questo autorevole atto di indirizzo che risultano, comunque, esposte ad evidenti rischi di arbitrio ermeneutico. Realisticamente, – nonostante il richiamo ad una preliminare individuazione «certa e dettagliata»<sup>176</sup> della regola cautelare – poiché si tratta di un ambito palesemente privo di certezze scientifiche, l'attività della magistratura (innanzitutto – per quanto concerne il documento in discorso – di quella inquirente e requirente, e poi, eventualmente, di quella giudicante)

---

<sup>173</sup> Per un inquadramento di tali atti di indirizzo, si rinvia a PALAZZO, *Un limite o un sostegno per le Procure della Repubblica? Due parole a proposito degli "Orientamenti per gli Uffici di Procura" forniti dalla Procura Generale presso la Cassazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>174</sup> Procura Generale della Corte di cassazione, *Informativa in tema di indagini sulla responsabilità sanitaria nella emergenza da Covid-19*, in [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it).

<sup>175</sup> Ci riferiamo alle «eventuali indicazioni di carattere generale fornite da associazioni di categoria dei medici specialisti impegnati per l'emergenza» (*ivi*, 2).

<sup>176</sup> *Ivi*, 3.

finirebbe inevitabilmente col tradursi in una selezione guidata da imprevedibili (e, perciò, variabili) valutazioni di matrice soggettivistica. Pertanto, dobbiamo solo auspicare che la sensibilità giudiziaria possa proficuamente nutrirsi del confronto con le riflessioni formulate dalla dottrina<sup>177</sup>.

In attesa di sviluppi, sembra utile segnalare che - come accennato - anche tra coloro che sostengono la possibilità di coltivare le ragioni della non punibilità già sulla base di motivazioni fondate sul diritto vigente vi sono voci (comunque) favorevoli alla introduzione di modifiche di portata generale, che, cioè, pur occasionate dall'attuale emergenza pandemica non siano tuttavia calibrate esclusivamente sulla durata della stessa. Durata, tra l'altro, insuscettibile di sicura delimitazione storica, visto che, come abbiamo rilevato, nel nostro Paese non è possibile individuarne esattamente l'inizio.

Così, vi è chi ritiene necessario introdurre una norma che preveda la punibilità dell'agente solo in caso di dolo o colpa grave in relazione a tutte quelle prestazioni (ivi comprese quelle non rientranti nell'ambito sanitario) che siano caratterizzate da «speciale difficoltà o [...] da elevata incertezza scientifica»<sup>178</sup>, e prospetta una modifica dell'art. 590-*sexies* c.p. mediante una formulazione a carattere sincretistico, tesa a valorizzare anche la considerazione del profilo della concreta esigibilità dell'osservanza della regola cautelare, richiamando fattori situazionali e organizzativo-contestuali che vengono indicati quali vincolanti parametri di valutazione della misura soggettiva della colpa<sup>179</sup>.

E in altra proposta dottrinale, l'istanza selettiva viene sviluppata attraverso una limitazione della responsabilità del medico per negligenza, imprudenza e imperizia alle sole ipotesi di colpa grave. Limitazione ricavata dalla valorizzazione sistematica dell'art. 2236 c.c. e bisognosa - secondo l'incisiva precisazione politico-ordinamentale formulata da questa proposta - di essere accompagnata «da una nuova idea corale della responsabilità medica come responsabilità da rischio lecito e, soprattutto, da una rivalutazione assiologica e finanziaria della sanità come ganglio vitale del *welfare*»<sup>180</sup>.

<sup>177</sup> Sulla necessità di «migliorare l'interazione tra elaborazione teorica e prassi applicativa», vedi, *ex multis*, FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 194.

<sup>178</sup> ROIATI, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>179</sup> Secondo questa impostazione, occorrerebbe modificare l'art. 590-*sexies* c.p. nei seguenti termini: «quando il giudice è chiamato a verificare la colpa dell'esercente la professione sanitaria la punibilità è esclusa in ipotesi di osservanza delle raccomandazioni previste da linee guida (accreditate) e buone prassi clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso concreto e nei casi in cui l'osservanza della regola di condotta risulti in concreto inesigibile a fronte di situazioni di comprovata emergenza o di oggettiva carenza di mezzi o di organizzazione». *Ivi*, 17.

<sup>180</sup> RISICATO, *op. ult. cit.*, 9.

Ed è proprio questo il punto centrale: a maggior ragione oggi, nessun discorso sulla colpa penale del medico e sulla reale efficacia dell'intervento penalistico in questo "campo di materia" può essere disgiunto da un più ampio ragionamento sistematico sulla rilevanza ordinamentale, sui mutamenti epistemologici e sulle stesse condizioni di esercizio di questa professione tanto nobile quanto complessa.

*5. Prospettive.* Queste ipotesi di riforma, dunque, si proiettano verso un orizzonte di carattere generale, prospettano assetti stabili di innovazione disciplinativa e, dunque, vanno oltre le esigenze (immediate e temporalmente limitate) relative alla sola fase emergenziale.

Del resto, senza soffermarci sulle singole proposte arenatesi in sede parlamentare<sup>181</sup>, possiamo comunque evidenziare, ragionando in termini generali, che la predisposizione di eventuali "scudi emergenziali" a favore dei medici è destinata a scontrarsi con oggettivi problemi strutturali di delimitazione della latitudine applicativa. E questo, sia dal punto di vista storico che dal punto di vista funzionale.

Il primo aspetto critico (già anticipato) attiene alla datazione del termine iniziale di operatività di una simile misura: poiché non si può individuare con certezza il momento in cui il Coronavirus ha preso a fluire nel nostro Paese, non è determinabile in maniera univoca e, comunque, non arbitraria l'ambito temporale di realizzazione degli eventuali fatti da dedurre ad oggetto di "copertura". E, dunque, il richiamo al criterio formale della data di formulazione della "dichiarazione dello stato di emergenza" provocherebbe l'ingiusta e irragionevole esclusione dei comportamenti medici (ipoteticamente suscettibili di assumere rilevanza penale nei termini anzidetti) posti in essere durante il periodo di "circolazione occulta" del nuovo agente patogeno, ossia nell'arco temporale di propagazione virale già in atto ma ancora ignota e, pertanto, ancora non dichiarata.

Il secondo punto problematico concerne la individuazione normativa del legame funzionale tra il virus e i fatti da includere in un eventuale "scudo". In altre parole, quale dovrebbe essere l'area comportamentale coperta da questa disciplina? Quali prestazioni dovrebbero rientrarvi? Solo quelle relative al trattamento pneumologico o intensivo del paziente affetto da Covid? O anche quelle - e su tale aspetto torneremo a breve - riguardanti sedi anatomiche diverse dall'apparato respiratorio ma comunque attinte dagli effetti infiamma-

---

<sup>181</sup> Per un efficace quadro riepilogativo, si rinvia a LOSAPPIO, *op. ult. cit.*, 1-4.

tori di carattere sistemico prodotti da questo feroce virus? E le prestazioni dirette a malati di altra natura ma involte anch'esse dal caos emergenziale che ne ha determinato e ne sta determinando un'erogazione precaria o tardiva?

Si tratta, con tutta evidenza, di interrogativi di grande rilievo e ai quali per il legislatore sarebbe difficile rispondere in maniera puntuale attraverso uno strumento normativo di favore ma, pur sempre, di matrice emergenziale. Ed è così proprio a causa delle peculiarità morbigene di questa crisi epidemiologica e dell'impatto deleterio che essa ha avuto sull'organizzazione dell'intero sistema sanitario.

Anche alla luce di tali considerazioni, appaiono, quindi, metodologicamente condivisibili le ragioni di chi, facendo comunque tesoro di quanto rilevato nell'osservazione fenomenologica del dramma sanitario che ha sconvolto le nostre vite, volge lo sguardo verso il futuro e cerca di elaborare soluzioni di portata non circoscritta alle vicende verificatesi in questo tempo di nuova pestilenza. D'altronde, non bisogna dimenticare che l'emergenza odierna, da un lato, ha ulteriormente aggravato i problemi preesistenti, rendendo ancor più nitida e socialmente percepibile l'esigenza di risolverli; e, dall'altro, sta prospettandoci nuove criticità che, in considerazione della loro rilevanza scientifica e della loro perduranza effettuale, richiedono risposte non provvisorie, ma strutturali e sistematiche.

Detto ciò, in quest'ottica di lungo termine, risulta sicuramente utile fare riferimento anche agli spunti di riflessione (spunti preziosi tanto dal punto di vista contenutistico quanto dal punto di vista metodologico) offerti dalle sensibilità riformatrici già precedentemente manifestatesi nel dibattito dottrinale, cercando di focalizzarne i profili che appaiono dinamicamente aderenti alle esigenze di analisi di questo mondo drammaticamente nuovo. In proposito, basti qui ricordare i veri e propri "manifesti scientifici" elaborati da due importanti gruppi di ricerca.

Prima, l'articolato *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico* sviluppato dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale<sup>182</sup>. Progetto illuminante, che - oltre ad intervenire sul piano penalistico con la proposta di una nuova fattispecie criminosa (rubricata "*Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*") caratterizzata dalla limitazione della responsabilità alla sola colpa grave (integrata da una condotta *grandemente inosservante di regole dell'arte* e prodotti-

---

<sup>182</sup> Vedi FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 199 ss.

va di un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento) e dalla contestuale previsione di una nuova causa estintiva basata sulla realizzazione di «condotte a contenuto riparatorio e conformativo»<sup>183</sup> - si distingue per una visione sistematica dotata di straordinaria attualità. Vi possiamo, infatti, rinvenire una interessante disciplina dei profili civilistici, incentrata, essenzialmente, sulla introduzione di una *Assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie per la responsabilità civile connessa al rischio clinico*<sup>184</sup> e sulla istituzione presso la CONSAP (Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici S.p.A.) di un "*Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria*", con funzione indennitaria (e non risarcitoria come, invece, è per la copertura fornita dall'assicurazione), operante nei casi di mancato adempimento del suddetto obbligo assicurativo da parte dell'ente erogatore della prestazione sanitaria e nei casi di assoggettamento dell'impresa assicuratrice a procedura di liquidazione coatta amministrativa al momento del sinistro o nella fase di evasione della pratica.

E poi, la proposta formulata dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale<sup>185</sup>, che interviene dopo le due (insoddisfacenti) riforme ("Balduzzi" e "Gelli - Bianco") e ridisegna l'art. 590-*sexies* c.p., a partire dalla stessa rubrica ("*Non punibilità dell'esercente le professioni sanitarie*"), fondando la legittimità della differenziazione di trattamento normativo sulla duplice esigenza di tenere nella dovuta considerazione le difficoltà che caratterizzano l'agire clinico e di scongiurare le pratiche di medicina difensiva che, alimentate dalla mancanza di serenità professionale causata dall'incombenza del rischio penale, rivelano il drammatico paradosso di un ambito dell'esperienza giuridica nel quale lo strumento penalistico, in considerazione di tali degenerazioni (tra l'altro, già enucleate nella parte iniziale del presente lavoro), finisce, sostanzialmente, col mettere a rischio la stessa salute dei pazienti piuttosto che tutelarla<sup>186</sup>. Da ciò la scelta, in relazione ai casi di *speciale difficoltà* della prestazione, di limitare la punibilità alla sola "colpa grave" (limite, que-

<sup>183</sup> *Ivi*, 226.

<sup>184</sup> Il *Progetto*, tra l'altro, prevedeva (all'art. 28) che le regioni e le province autonome potessero decidere, con riferimento alle rispettive strutture sanitarie pubbliche, di sostituire tale copertura assicurativa con una propria, diretta copertura finanziaria realizzata (senza ricorrere, quindi, all'intermediazione delle compagnie di assicurazione) mediante la costituzione di un apposito *Fondo di garanzia*.

<sup>185</sup> Per la precisione, la proposta di articolato è opera del Sottogruppo AIPDP coordinato dal prof. SEMINARA e composto dai proff. PULITANÒ e CAPUTO. Il testo è riportato, nell'ambito di un denso e formativo documento scientifico finalizzato ad illustrare premesse, coordinate, ragioni e contenuti della proposta avanzata, da CAPUTO, *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it)

<sup>186</sup> Vedi *ivi*, 8.

sto, riferito a tutte e tre le *species* della colpa generica) definita con una formula<sup>187</sup> che, esplicitamente, si ricollega alla definizione contenuta nel *Progetto* del Centro Studi “Federico Stella”. Da ciò, inoltre, l’ulteriore indicazione di dare rilievo, ai fini dell’esclusione della colpa grave del professionista, alla *grave carenza organizzativa* ascrivibile all’ente sanitario alla stregua di canoni<sup>188</sup> che, declinati in ragione delle specificità del «*clinical risk management*»<sup>189</sup>, si muovono nel solco tracciato dalla disciplina della c.d. responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi *ex d.lgs. 231/2001*.

Ebbene, la lettura congiunta di questi due progetti e delle attuali analisi dottrinali fornisce le coordinate – espressive di una condivisa esigenza di attenta e dinamica considerazione della conformazione empirica del rischio clinico – di queste sintetiche riflessioni finali dal contenuto necessariamente aperto e provvisorio. Dal punto di vista metodologico, in particolare, l’impostazione veicolata dalle citate proposte può ricondursi, più ampiamente, ad una visione non autoreferenziale della scienza penalistica, aperta alla evoluzione delle conoscenze empiriche sia sul versante della strutturazione delle categorie del diritto penale<sup>190</sup> sia su quello della elaborazione di possibili proposte di riforma<sup>191</sup>.

Partiamo dalla questione organizzativa, visto che, nella prospettiva di una reale ed efficace tutela della salute del paziente, questo problema dovrà essere affrontato in via prioritaria da qualsiasi programma riformatore.

La pandemia ci ha mostrato tutta la fragilità di un sistema sanitario carente di strutture, mezzi e personale<sup>192</sup>. Questa “patologia organizzativa”, pur presentando un indice di gravità territorialmente variabile, investe comunque tutto il Paese<sup>193</sup>. In altre parole, l’emergenza ha palesato il carattere strutturale e per-

---

<sup>187</sup> «La colpa è grave quando la deviazione dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, ovvero l’inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell’evento».

<sup>188</sup> Si fa riferimento alla “mancata adozione e inefficace attuazione di modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi”.

<sup>189</sup> CAPUTO, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>190</sup> Cfr. ROXIN, *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato* (ed. it. a cura di MOCCIA), seconda ristampa, Napoli, 2001, 177.

<sup>191</sup> «Il sapere empirico dovrebbe sorreggere sempre le proposte di riforma elaborate dallo studioso della nostra disciplina». In questi termini, CANESTRARI, *Per un modello “aperto e condiviso” di scienza penalistica*, cit., 9.

<sup>192</sup> Cfr. GARATTINI, *op. cit.*, 777.

<sup>193</sup> L’emergenza pandemica, d’altronde, ci induce a ritenere che in ambito sanitario «occorrerebbe rimeditare i processi conducenti a concedere un margine di autonomia tanto ampio da consentire di

vasivo delle difficoltà che attanagliano l'organizzazione sanitaria. Tali difficoltà non hanno natura episodica o temporanea e, pur assumendo connotazioni drammatiche in quei contesti territoriali che sono caratterizzati da criticità storiche per ciò che concerne le possibilità di accesso alle cure, non possono essere circoscritte solo ad alcune realtà locali o a singoli centri ospedalieri; hanno, piuttosto, una valenza generalizzata e sistemica. Insomma, al di là delle differenti situazioni di partenza delle singole regioni e dei singoli ospedali, bisogna prendere atto che la riduzione delle risorse, le aporie disciplinative e il problematico rapporto tra politica e amministrazione sanitaria, pur interagendo in misura variabile a seconda delle peculiarità di ciascuna realtà assistenziale, danneggiano il servizio sanitario tutto. Pertanto, le fisiologiche condizioni di esercizio della professione medica vengono alterate e, addirittura, annullate da un sistema la cui organizzazione risulta, complessivamente, afflitta da una patologia ormai endemica. L'emergenza ha reso manifesto tale stato patologico, ma esso preesisteva al Coronavirus ed è destinato a durare. Questo, a meno che non si realizzi una (auspicabile) inversione di rotta nella programmazione delle politiche in materia di sanità e nella impostazione dell'agire amministrativo inerente a tale ambito socio-istituzionale.

D'altronde, ripartire dal miglioramento dei livelli organizzativi di erogazione delle prestazioni sanitarie consentirebbe sia di difendere un presidio essenziale del nostro modello costituzionale di "Stato sociale" (visto che un efficace funzionamento del servizio sanitario gratuito ed universale, garantendo una tutela realmente egualitaria del diritto alla salute<sup>194</sup>, si rivela fondamentale nella tenuta dell'equilibrio assiologico risultante dal combinato disposto degli artt. 3 e 32 Cost.), sia di dare coerente attuazione al principio politico-criminale di *extrema ratio* (considerato che la garanzia delle condizioni ottimali di svolgimento dell'attività diagnostico-terapeutica rappresenta il mezzo migliore per prevenire qualsiasi occasione di possibile conflittualità collegata alla relazione medico-paziente<sup>195</sup>).

---

costruire sottosistemi di scala regionale, organizzativamente non sostenibili e perciò collassati sotto l'incalzare dell'emergenza, e tanto improntati a disuguaglianza e tanto lesivi delle connotazioni universalistiche e nazionali del servizio». Così, condivisibilmente, STAIANO, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 2, 15.

<sup>194</sup> Sulle specificità del «modello universalistico» italiano, vedi STAIANO, *Sanità e partiti politici: breve fulgore del sistema delle spoglie «formalizzato»*, in *Federalismi*, 2011, 8, (in particolare) 1-2.

<sup>195</sup> Vedi CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate*, cit., 26, il quale, tra l'altro, ci ricorda le splendide parole di MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 («la politica sociale è la migliore politica criminale»).

Ma la crisi pandemica ci prospetta soprattutto una questione scientifica straordinariamente complessa. Già abbiamo rilevato le incertezze virologiche e nosologiche di fronte alle quali si trovano i medici e già abbiamo discusso del peso che esse assumono nel discorso interpretativo riguardante le possibili ipotesi di responsabilità penale correlabili all'attività medica ai tempi del Coronavirus. Ebbene, (fermo restando che allo stato attuale possiamo solo confidare nell'efficacia dei vaccini e nella adeguata copertura della popolazione) una volta terminata l'emergenza sanitaria quale sarà il "futuro scientifico" della medicina?

Come visto, la pandemia ha fatto emergere una sorta di "vulnerabilità culturale" della scienza medica. Una tempesta virale ignota ha, difatti, costretto i medici a muoversi in una situazione di vero e proprio "buio clinico".

Ma si tratta di un'oscurità temporanea? La fine della tempesta infettiva permetterà, cioè, di riprendere la strada che era stata tracciata dal progredire delle conoscenze? O invece, in un mondo irreversibilmente mutato, la medicina dovrà rivedere i suoi registri epistemologici e cambiare i suoi modelli clinici?

Ovviamente, per ora, non conosciamo la reale portata dei mutamenti fenomenologici riflessi e/o prodotti dalla devastazione pandemica. Tuttavia, possiamo ragionare su due tracce tematiche.

In primo luogo, il Coronavirus deve rappresentare un campanello d'allarme. E lo sottolinea in maniera efficace il Comitato Nazionale per la Bioetica. Infatti, pur essendo ancora ignoto lo specifico contesto genetico di questo virus, possiamo, nondimeno, formulare alcune ipotesi ricostruttive in merito alle possibili modalità di avvio del flusso pandemico. Orbene, che si faccia riferimento ai mercati di animali selvatici o ai laboratori di ricerca virologica o alle alterazioni ecosistemiche, bisogna comunque rilevare che vi sono delle direttrici lungo le quali agenti morbigeni sconosciuti e letali possono raggiungere gli esseri umani. La trasmissione dall'animale all'uomo non è una novità (si pensi all'Aids e alla Sars), ma la natura pandemica dell'attuale propagazione virale impone un monitoraggio attento delle suddette direttrici così da evitare che possano essere sfruttate da ulteriori entità patogene<sup>196</sup>. Altrimenti, vi è il rischio concreto di non essere pronti a prevenire l'insorgenza di nuove, distruttive crisi sanitarie. E crisi epidemiologiche ad origine virale sconosciuta sarebbero inevitabilmente foriere delle stesse drammatiche incertezze scientifiche che dominano l'odierno panorama della discussione e della pratica diagnostico-terapeutica.

---

<sup>196</sup> Vedi Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020, 20.

Inoltre, il Covid-19 presenta un'altra caratteristica particolarmente inquietante. Sotto il profilo disciplinare, siamo abituati a considerarlo come patologia di rilevanza epidemiologica, infettivologica, pneumologica e rianimatoria, ma, a ben vedere, in considerazione della sua peculiare portata aggressiva, esso impone l'attenzione clinica di tutta la scienza medica. È, infatti, una “malattia sistemica”<sup>197</sup>: non si limita a colpire i polmoni, ma può danneggiare praticamente tutto l'organismo (naso, occhi, cuore, vasi sanguigni, pelle, cervello, reni, fegato, milza, esofago, stomaco, intestino, midollo osseo, dita...).

Ciò significa che, attraverso questo subdolo e violento processo infiammatorio multiorgano, l'ignoto pandemico penetra in tutte le aree specialistiche mettendone in discussione i tradizionali e consolidati parametri epistemiche. In altri termini, se il Covid attacca sedi anatomiche diverse rispetto a quelle che, pure, ne costituiscono il *target* primario, evidentemente tutti i medici sono chiamati (nei rispettivi settori di afferenza) a confrontarsi con una variabile patologica foriera di gravi incognite teorico-operative. In questo tempo tormentato, dunque, l'incertezza clinica si configura come il tratto caratterizzante della identità culturale di tutta la scienza medica. E questa condizione potrebbe essere destinata a protrarsi...

Lo scenario è particolarmente fluido. Non possiamo formulare affermazioni nette e definitive. Possiamo solo “metterci in ascolto” e aspettare quello che emergerà nella ricerca e nell'esperienza clinica. Ma già si incomincia a discutere degli effetti a lungo termine del Covid<sup>198</sup>, che potrebbero risultare ancora più insidiosi qualora l'infezione non sia stata diagnosticata e, quindi, non abbia lasciato traccia clinica nella storia anamnestica del paziente. E, d'altra parte, sono comunque palesi i problemi di delimitazione prognostica della stessa durata di questa pandemia<sup>199</sup> anche in rapporto ai livelli di trasmissibilità e di aggressività delle nuove varianti del Coronavirus<sup>200</sup>, le quali potrebbero (quan-

---

<sup>197</sup> Cfr. FALASCA, NARDACCI, COLOMBO, LALLE, DI CARO *et al.*, *Post-mortem findings in italian patients with COVID-19: a descriptive full autopsy study of cases with and without comorbidities*, in *The Journal of Infectious Diseases*, 2020, 11, 1807 ss. e WADMAN, COUZIN-FRANKEL, KAISER, MATACIC, *How does coronavirus kill? Clinicians trace a ferocious rampage through the body, from brain to toes*, in *Science*, 17 aprile 2020.

<sup>198</sup> Per una sintesi del dibattito scientifico in corso, vedi CAMILLI, *Gli effetti a lungo termine del covid-19*, in *Internazionale* (Web), 3 dicembre 2020.

<sup>199</sup> Cfr. MODEO, *Covid, quando finirà? Le tappe (e gli ostacoli) per uscire dall'incubo*, in *Corriere della Sera* (Web), 23 dicembre 2020.

<sup>200</sup> Per una prima descrizione della c.d. “variante inglese”, vedi ROSSI ALBERTINI, *Che cosa è e che cosa vuole. Il virus inglese è più forte dell'altro ed è destinato a prenderne il posto*, in *Il Riformista* (Web), 24 dicembre 2020.

tomeno) innalzare il tasso di copertura vaccinale della popolazione necessario per il raggiungimento della c.d. immunità di gregge.

Insomma, l'odierna pandemia ha messo tragicamente in evidenza le difficoltà connesse alla descrizione dei nuovi, dirimpenti fenomeni patologici e alla correlata elaborazione di adeguate risposte terapeutiche; ma nel cono d'ombra proiettato dal SARS-CoV-2 e dagli altri patogeni sconosciuti e potenzialmente pandemici già presenti in natura può attecchire una vera e propria "cronicizzazione del disorientamento medico-scientifico". E sulla base di quanto abbiamo avuto modo di osservare nelle pagine precedenti, sono ormai ben comprensibili i riflessi penalistici di una persistente condizione di oscurità nosografica: in un simile contesto i problemi ermeneutici sui quali la comunità penalistica sta ora ragionando (rapportandosi, comunque, ad un quadro fenomenologico ritenuto emergenziale e quindi transeunte) finirebbero con l'assumere connotati di cronicità.

Ma, con una scienza medica ancora costretta a confrontarsi con ignoti processi morbili a carattere sistemico, con una clinica – sia medica che chirurgica – ancora chiamata ad affrontare variabili patologiche sconosciute e a cercare di sviluppare nuovi paradigmi e nuove soluzioni, quale potrebbe essere il ruolo del giudice penale? In uno scenario di prolungata incertezza scientifico-cognitiva avrebbe ancora un senso l'attivazione del sindacato giuspenalistico?

Di sicuro, un problema clinico-scientifico di tale importanza e complessità non potrebbe essere risolto (calandoci nelle prassi patologiche che spesso contrassegnano le concrete geometrie dell'epistemologia processuale) né dall'arbitrio creativo di un giudice/sacerdote<sup>201</sup>, né dalla meccanicistica trascrizione in sentenza di responsi peritali intrisi di soggettivismo e, comunque, caratterizzati da aleatorietà designativa e contenutistica<sup>202</sup>.

E così, in questo "mondo nuovo", un'ermeneutica giudiziaria priva di reali basi scientifiche finirebbe col condurre a due possibili esiti contrapposti: o una flessibilizzazione antigarantistica delle categorie penalistiche di riferimento o una vera e propria depenalizzazione di fatto.

Tuttavia, in una situazione di crescente precarietà e costante fibrillazione delle conoscenze mediche, in una situazione (quindi) di definitivo superamento della mitologia scientifico-giudiziaria, piuttosto che affidarsi ad una alternati-

---

<sup>201</sup> In generale, si rinvia alle riflessioni in tema di tipicità colposa e ruolo del giudice formulate da GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, XI, (in particolare) 581-583.

<sup>202</sup> Sui problemi generali dell'epistemologia giudiziaria, vedi C. CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in CANESTRARI, GIUNTA, GUERRINI, PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 335 ss.

va governata in maniera imprevedibile dalla sensibilità del singolo giudice, sarebbe opportuno aprire una discussione sulla possibilità di una depenalizzazione legislativa della “colpa medica”<sup>203</sup>, (chiaramente) accompagnata dalla individuazione di altri e più efficaci strumenti giuridici di intervento.

Sembra, perciò, fondamentale partire subito dalla predisposizione di una seria strategia di carattere extrapenale, che faccia tesoro degli spunti sistematici emersi nel dibattito dottrinale che abbiamo cercato precedentemente di ricostruire nei suoi termini essenziali.

Ed ecco che, nella coltivazione di questo approccio sistematico, può risultare utile il riferimento ad una tutela civilistica rimodulata nelle forme lucidamente descritte dal citato *Progetto* del Centro Studi “Federico Stella”<sup>204</sup>.

E, parimenti, può essere importante l’elaborazione di una riforma del sistema disciplinare, che, in relazione alle ipotesi di “colpa medica”, andrebbe legislativamente ripensato e rivalutato quale “luogo istituzionale” di scrutinio scientifico della responsabilità tecnico-operativa del professionista, facendo in modo che il relativo giudizio – da incardinarsi presso collegi strutturati secondo criteri atti a garantire che i componenti siano in possesso di peculiari requisiti di autonomia, indipendenza e autorevolezza (pensiamo a figure come i professori universitari/primari/direttori ospedalieri “emeriti”) – diventi anche un canale di accrescimento del grado di consapevolezza culturale e prasseologica dell’intera categoria.

Ma, soprattutto, prima ancora che si ponga l’esigenza di una risposta al danno già verificatosi, occorrono politiche che – come rilevato – valorizzino il servizio sanitario quale componente fondamentale dello “Stato sociale”<sup>205</sup> utilizzando, a tale scopo, non solo la leva organizzativa ed economica, ma anche quella umana e culturale...

---

<sup>203</sup> Il riferimento complessivo (senza distinzioni morfologiche) alla “colpa medica” mutua, sia pure in una diversa prospettiva, la visione dinamicamente unitaria sostenuta dalla esaminata “proposta AIPDP”, che – come prima riportato – estende il limite della “colpa grave” anche alle ipotesi di negligenza e imprudenza, in considerazione delle «difficoltà di discernere in concreto fra le tre ‘sorelle’ della colpa generica [e delle] disparità di trattamento che ne seguono» (CAPUTO, *op. ult. cit.*, 9). Per un inquadramento unitario, vedi anche le osservazioni di GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *Criminalia*, 2018, 589 («Senonché il concetto di imperizia è tutt’altro che definito. Anzi è opinione condivisa e condivisibile che le espressioni negligenza, imprudenza e imperizia, usate dal nostro codice penale, siano convenzionalmente sinonimi») e di CAPUTO, *Logiche e modi dell’esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 11 (in particolare, con riguardo alla possibilità di inscrivere nel quadro concettuale dell’imperizia le «nozioni di imprudenza e negligenza qualificate dalla violazione delle *leges artis*»).

<sup>204</sup> Vedi la *Relazione integrativa*, in FORTI, CATINO, D’ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO (a cura di), *op. cit.*, 236-240.

<sup>205</sup> Cfr. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, cit., 9.

Qui viene in rilievo anche un tema che, *prima facie*, sembrerebbe lontano dall'ambito strettamente penalistico, ma che, in realtà, chiama in causa l'essenza profonda del rapporto tra medico e paziente e, dunque, è di sicuro interesse nell'ottica del nostro discorso. Ci riferiamo alla selezione del personale medico. Infatti, visto che si discute di una professione che richiede una straordinaria dedizione intellettuale e umana, è necessario (per cercare di prevenire ogni distorsione della "relazione di cura") garantire innanzitutto, sulla base di parametri oggettivi e meritocratici, che il percorso formativo e professionale medico-chirurgico sia intrapreso e portato avanti solo da chi possiede elevata preparazione e grande passione; doti che sono indispensabili per esercitare un'attività che sarà sempre più difficile e complessa.

È argomento di grande importanza e di problematica trattazione; in questa sede può essere solo evocato, ma occorre comunque segnalarlo con forza a tutti gli attori istituzionali coinvolti, perché quella medica non è attività ordinaria ma – come anticipato – vera e propria "missione laica", da svolgere con rigore, competenza e sensibilità.

E tra i ricordi riaffiora una scena antica, la cui narrazione ci trasmette un'emozione senza tempo. «Che avrebbe fatto il medico, lo sapeva già dall'età di nove anni. Lo sapeva perché si era innamorato di un vecchio dottore che si aggirava senza sosta tra le catapecchie del quartiere Mercato, simile a un alato genio della salute dei più poveri»<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> E. REA, *Mistero napoletano. Vita e passione di una comunista negli anni della guerra fredda*, Torino, 1995, 92. Il vero nome del "dottore dei poveri" (che viene ricordato dall'Autore con l'inconfondibile e affettuoso soprannome attribuitogli dai suoi assistiti più umili) era Gaetano d'Ambrosio. Egli, in realtà, era vecchio nell'aspetto (stanco e affaticato), ma non anagraficamente. Si era, infatti, ammalato (come raccontato in un coinvolgente manoscritto dalla figlia Valentina, che alla morte del padre era ancora bambina) a causa delle avverse condizioni climatiche diurnamente affrontate nelle rigide notti invernali pur di raggiungere a piedi gli innumerevoli pazienti bisognosi di soccorso; morì dopo cinque anni di logoranti sofferenze. È una vicenda umana e professionale svoltasi nella Napoli degli anni '30 del secolo scorso, ma colpisce per il valore universale e straordinariamente attuale della figura che la illumina. In questo medico che assisteva gratuitamente le persone povere e che, pur sofferente, continuava a salvare le vite dei pazienti possiamo riconoscere lo stesso spirito altruistico che ha animato i tanti medici morti in questo drammatico tempo di pandemia.