

Relazione al convegno 12 maggio 2020 organizzato dall'Università degli Studi della Campania: "Prevenzione e controllo del Covid-19 tra regole giuridiche e scienza medica"

BREVI CENNI SULLA RESPONSABILITA' PENALE DELL'ESERCENTE L'ATTIVITA' SANITARIA AI TEMPI DEL CORONAVIRUS

L'art. 590 sexies c.p. – Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario - prevede che *"Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto."*

L'attenzione deve necessariamente ricadere sul secondo comma della disposizione citata; affinché la condotta possa ricadere dentro il perimetro di non punibilità descritto dalla LEGGE 8 marzo 2017, n. 24 - Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (cd. Legge Gelli-Bianco), non è sufficiente che l'evento infausto sia stato causato dall'imperizia del sanitario.

È necessario, altresì, che il medico abbia agito seguendo le indicazioni terapeutiche prescritte da linee guida o, in mancanza, da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e che esse siano adeguate al caso clinico concreto.

A parere della più autorevole giurisprudenza (cfr. ex plurimis [Cass., S.U. Sent. n. 8770/2018](#)), il sanitario può beneficiare della causa di non punibilità solo quando, dopo aver correttamente individuato le linee guida adeguate al caso concreto e rispettato la loro esecuzione, abbia commesso un errore applicativo di limitata entità che abbia comunque determinato l'evento infausto.

La norma di riferimento in materia, da cui è iniziato il nostro ragionamento, è l'art. 590 sexies c.p., il cui esatto perimetro applicativo si deve alla nota pronuncia della Corte di Cassazione a 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;
- 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».

(Cass. pen., S.U., 21.12.2017-22.2.2018, n. 8770).

L'interrogativo che bisogna necessariamente porsi riguarda, dunque, l'applicabilità della ipotesi di non punibilità rispetto ad un contesto emergenziale – quale è la gestione clinico-sanitaria del paziente infetto da Covid-19 – ove si opera in assenza di linee guida accreditate o, di buone pratiche clinico assistenziali universalmente riconosciute come tali dalla comunità scientifica.

L'infezione da Coronavirus è, infatti, inevitabilmente in fase di studio da parte della comunità scientifica non essendovi allo stato evidenze certe del comportamento e degli effetti di tale virus sul corpo umano, né, tantomeno cure universalmente riconosciute come efficaci.

Certo, è pur vero che la comunità scientifica viene sollecitata a seguire talune best practice o meglio dei protocolli comuni per la gestione delle malattie infettive, ma è pur vero, come, allo stato, non si disponga di alcuna validazione scientifica sulla idoneità ed efficacia di tali protocolli sul fronte "infezione da COVID-19".

Non pare, dunque, del tutto infondato dubitare dell'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art 590 sexies c.p., considerata la richiamata assenza di linee guida o buone pratiche che regolino l'attività diagnostico-terapeutica in caso di

infezione da COVID-19, e, valutata, altresì, anche in una prospettiva de iure condendo, l'impossibilità di disporre nell'immediato, a causa della fase sperimentale e di ricerca scientifica che richiederà ancora diverso tempo di lavoro.

Si ritiene pertanto prioritario affrontare questa emergenza attraverso la proposta di strumenti di tutela per chi, come medici, infermieri, tecnici di laboratorio operatori socio sanitari etc, sta combattendo da settimane per salvare migliaia di vite (talvolta anche con il serio rischio di compromettere la propria integrità fisica).

Ad avviso di chi scrive, infatti, gli **attori impegnati a salvaguardare la salute di tutti i cittadini devono essere messi nelle condizioni di poter portare avanti la propria encomiabile missione con la consapevolezza che, seppur entro determinati limiti, non corrano il rischio di vivere anche la pendenza di un procedimento giudiziario.**

Si tratta di un proposito non banale, se si considera, come a tutti noto, che le incertezze normative in materia di responsabilità sanitaria hanno avuto spesso negli anni quale spiacevole conseguenza lo sviluppo sempre più consistente e preoccupante della c.d. "**medicina difensiva**".

È evidente, al contempo, che la grave emergenza in atto, unitamente alla carenza di mezzi e risorse di cui si dispone, non consenta il ricorso ad alcun comportamento auto-cautelativo da parte dei medici, né di tipo preventivo (con ricorso a servizi diagnostici e terapeutici non indispensabili) né di tipo negativo, di astensione dal trattamento dei casi troppo complessi, né, invero, si può consentire che ciò avvenga.

Sarebbe raccomandabile in questa ottica che il Governo adotti al più presto misure a tutela di chi sta lottando in questi giorni nelle corsie degli ospedali e che, considerata la mole di lavoro e l'insufficienza di mezzi, deve poter operare con la serenità che appare indispensabile per intraprendere le scelte più adeguate all'attuale stato di necessità.

E proprio rispetto a tale ultimo punto non ci si può esimere da una considerazione e riflessione anche sulla esimente dello **stato di necessità** disciplinata all'**art. 54 c.p.** che prevede che "*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave*

alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo".

Ed invero, lo stato di necessità postula, per la sua integrazione, l'immanenza di un pericolo grave alla persona, che non possa altrimenti evitarsi se non attraverso la commissione di un illecito.

A scopo esemplificativo, potrebbe in astratto ritenersi scriminata, in forza dell'art. 54 c.p., la condotta del medico che, trovandosi in una situazione definita dalla giurisprudenza come "**conflitto di doveri**", a causa di un improvviso afflusso di pazienti superiore alle capacità strutturali ed organizzative della struttura, decida di intubare il paziente più giovane e, dunque, con maggiori possibilità di sopravvivenza, provocando, tale comunque dolorosa scelta, il decesso di quello più anziano.

Diversamente, non potrebbe, invece, invocare lo stato di necessità il medico che a causa dello stress causato da condizioni lavorative emergenziali compia un errore lieve per imprudenza, negligenza o imperizia, cagionando lesioni o la morte del paziente, posto che la causa di non punibilità prevista dall'art. 590 sexies co. 2 c.p. prevede la non punibilità per l'evento morte o lesioni dovuto ad imperizia del sanitario, solo nell'ipotesi in cui questi abbia seguito le linee guida o **best practice**, di cui però, rispetto all'attuale contesto, si è già rilevata la mancanza.

Ciò detto, in questo contesto, allo scopo di proporre una soluzione normativa alla problematica prospettata si ritiene che, al fine della possibile applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 590 sexies c.p. – e con l'ausilio delle migliori e più attuali conoscenze scientifiche– **possano (rectius, debbano) essere emanate dal Ministero della Salute direttive aventi ad oggetto le best practice a cui l'esercente una professione sanitaria debba attenersi nell'ambito delle prestazioni rese nel corso della cura di pazienti affetti da COVID-19.**

Si ritiene opportuno comunque, considerata la necessità e l'urgenza di fornire tutela agli operatori sanitari impegnati sul campo, che il Governo adotti con Decreto Legge una clausola di copertura generale, in deroga alla Legge Gelli – Bianco (disciplina della responsabilità medica, penale, nel nostro ordinamento).

Si prevede perciò una causa di esclusione della punibilità per gli operatori sanitari incorsi nei delitti di omicidio colposo o lesioni personali colpose, in presenza delle seguenti condizioni:

- 1) l'evento morte, o lesione, si sia verificato a causa di imperizia, con esclusione delle ipotesi di negligenza e imprudenza, ed a prescindere da qualsiasi gradazione della colpa;
- 2) siano state rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee guida o le *best practices*;
- 3) le linee guida o le buone pratiche sono adeguate al caso di specie.

Necessario corollario della rilevanza assunta dalle linee guida è la predisposizione di una loro disciplina quanto più specifica e puntuale.

Attualmente, le linee guida e le buone pratiche per il contrasto del Covid-19 sono regolarmente presenti sul sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità. Pertanto, è a questi standard che gli operatori e gli esercenti si devono adeguare per lavorare, se vogliono rimanere immuni da responsabilità penali.

Forse, anziché inserire nuove disposizioni, sarebbe l'occasione di una **rilettura dell'articolo 54 Codice Penale**, rubricato "*Stato di necessità*", che recita al primo comma: "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.*"

La causa di giustificazione dello stato di necessità gioverebbe a quei medici e operatori che, in questi giorni, dovendo scegliere fra l'uno o l'altro paziente da salvare, scegliessero quello con maggiori probabilità di salvezza.

In letteratura sono presenti casi simili: "*Il medico A potrebbe staccare il respiratore del ferito gravissimo B, per potervi attaccare il ferito C, che ha qualche chance di salvezza in più (ampia esemplificazione è in Comm. Romano, I, 574). O, per ricordare il caso relativo al naufragio della fregata da guerra britannica Mignonette, i marinai A e B potrebbero uccidere C, per berne il sangue e salvare se stessi, quando altre possibilità di salvezza non si profilino all'orizzonte (due vite*

contro una) (il caso è stato ripresentato da Balestrieri, Monticelli, Caso in tema di stato di necessità e cannibalismo, in IP, 1998, 519; recentemente su esso Simpson, Cannibalism and the Common Law, London, 1994)” (dal Codice Penale Commentato online, articolo 54 c.p., di Pluris, Wolter Kluvers).

Tale esimente opererebbe – sia chiaro – sempre che sovvenzano le seguenti condizioni:

- **vi deve essere un pericolo attuale e idoneo a minacciare la vita o l'integrità del paziente salvato;**
- **tale pericolo non deve essere altrimenti evitabile dall'agente;** tale requisito è interpretato molto severamente dalla giurisprudenza;
- **vi deve essere proporzione fra il pericolo alla vita/integrità fisica del paziente salvato, e il fatto lesivo.** Perciò, è necessario che il bene minacciato sia prevalente o equivalente rispetto a quello in capo al paziente sacrificato; ne consegue che, per esempio, un medico potrà salvare la vita di un malato, provocando così lesioni a un altro degente, ma non potrà evocare tale discriminante qualora eviti le lesioni di un paziente, facendo morire un altro;
- **la scelta del paziente da salvare non sia frutto dell'arbitrarietà del medico, ma avvenga tramite criteri scientifici;** in tal caso, sovvieni l'applicazione del c.d. **triage**, criterio di decisione delle priorità mediche negli eventi catastrofici, previsto dalle linee guida affidate al citato Istituto Superiore di Sanità (consultabili cliccando qui)
 - <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5373&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto#1>
 - http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5373_1_file.pdf
 - http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_3849_listaFile_itemName_1_file.pdf

Salerno, 12 maggio 2020.

Avv. Stefano Grisolia