

**Università di Salerno - Corso di formazione professionale**

**Centro di eccellenza Jean Monnet “New visions of European Union’s role in global health”  
30.05.2024 – Palazzo di Giustizia di Salerno**

## **La responsabilità medica: profili penali e prospettive di diritto sanitario europeo**

Avv. Stefano Grisolia LL.M.

[avv.stefanogrisolia@gmail.com](mailto:avv.stefanogrisolia@gmail.com)

# VITA CONTRO VITA

Il Triage durante la Pandemia

EU4GH Training Course

## **Principi di base per decidere quali siano le priorità nel triage:**

- il principio di giustizia (equità - Fairness)
- il principio dell'autonomia del paziente - cioè, per quanto nota, la volontà del paziente
- la dignità umana
- le probabilità di sopravvivenza e le probabilità di successo clinico/terapeutico.



I punteggi (scores) e gli algoritmi  
dovrebbero determinare/decidere le  
priorità?

EU4GH Training Course



# Tipologia dei casi di triage

- 1) Il **triage ex ante** (noto anche come competizione ex ante) si riferisce alla circostanza in cui giungono più pazienti rispetto alle capacità di cura e assistenza ed è quindi necessario scegliere chi sarà curato.
- (2) Il cosiddetto **triage ex post** (anche competizione ex post) si differenzia dall'ultimo in quanto in questo caso viene interrotto un trattamento/cura in corso per fare spazio/curare i pazienti neoarrivati che, in base a criteri di triage (ad es. maggiore probabilità di successo alle cure) dovrebbero avere la priorità.
- (3) La terza costellazione riguarda i casi in cui le capacità terapeutiche/i posti letto sono ancora disponibili ma un paziente viene comunque allontanato/selezionato tramite il triage per lasciare posto ai pazienti che devono essere curati in via prioritaria. In questo caso si parla di **triage preventivo**.

# Casi pratici sulle tipologie di triage

## 1.) Ex ante-Triage

Durante la riunione mattutina dei medici, è stato stabilito che il decorso della malattia nel paziente A e nel paziente B è peggiorato così tanto che entrambi devono essere trasferiti nel reparto di terapia intensiva per la ventilazione.

Tuttavia, è rimasto solo un posto nel reparto di terapia intensiva. È escluso il trasferimento di uno dei due pazienti in un altro ospedale. A e B sono quindi in «competizione/concorrono» per un posto in terapia intensiva.

Dopo una lunga discussione, il primario C decide che A sarà trasferito all'unità di terapia intensiva e B sarà destinato a cure palliative.

[Sui motivi della decisione e sulla loro rilevanza si dirà in seguito]

# Casi pratici sulle tipologie di triage

## 2.) Ex post-Triage

**Il paziente A, già intubato in terapia intensiva, deve essere scollegato dal ventilatore/estubato con conseguenze fatali, in quanto il paziente B, che necessita anche di ventilazione, giunge nel reparto di terapia intensiva al completo; non vi è più un respiratore libero e disponibile.**

C ha ordinato questa procedura perché B ha una probabilità clinica di successo "evidentemente maggiore" di A. Inoltre, in via informale, l'età di A e B è stata presa in considerazione per adottare la decisione: A aveva 88 anni, B 43 anni.

# Casi pratici sulle tipologie di triage

## 3.) Triage preventivo

Dopo una visita preliminare al pronto soccorso, il paziente A, che è gravemente malato e necessita di ventilazione, non viene ricoverato.

Sebbene in questo momento ci siano ancora 2 posti disponibili nell'unità di terapia intensiva, ci sono indicazioni rigorose del primario C riguardo la loro occupazione/il loro impiego:

I posti sono da riservare/destinare ai pazienti prioritari.

Il criterio si basa sull'articolo - paragrafo § 12 III TransplantationsG (Legge sui trapianti) secondo il quale devono essere selezionati quei pazienti che «secondo regole che corrispondono allo stato attuale delle conoscenze della scienza medica, e in particolare in base alla probabilità di successo e all'urgenza» siano ritenuti idonei.

# Discussione e soluzioni di diritto penale I - Triage ex ante

Per la tipologia del triage ex ante, quasi tutti sono concordi nel fare riferimento al concetto giuridico di

„rechtfertigenden Pflichtenkollision“

(Causa di giustificazione nel conflitto dei doveri)

Caso pratico:

La casa di V., padre di due figli, è in fiamme. A causa delle circostanze, V. deve decidere quale dei suoi due figli salvare dalle fiamme. Deve abbandonare un bambino e farlo morire tra le fiamme per salvare l'altro bambino.

# Discussione e soluzioni di diritto penale I -

## Triage ex ante

### Analisi del problema - soluzione

- V. si trova difronte a due doveri-obblighi di agire equivalenti e contrastanti. Tuttavia, può solo adempiere ad uno a scapito dell'altro. Per salvare la figlia A, deve abbandonare la figlia B al suo destino tra le fiamme.
- In diritto, nell'ambito della condotta esigibile e nell'ambito dei suoi precetti, non può esigere l'impossibile, motivo per cui la parte obbligata deve adottare una decisione, con la conseguenza che la sua decisione/scelta, qualunque essa sia, è considerata legittima.
- „Jenseits der Grenze des Menschenmöglichen gibt es keine rechtlichen Pflichten“ (Reinhard Merkel)

«Al di là dei confini di ciò che è umanamente possibile, non esistono obblighi giuridici» (Reinhard Merkel)

# Discussione e soluzioni di diritto penale

Il tema centrale nell'ambito della discussione sull'ex ante triage (1) non è il tema/argomento dell'»ultra posse», ma la questione se i criteri per la scelta tra le decisioni da adottare nell'ambito del conflitto di doveri siano irrilevanti per la valutazione giuridica della condotta.

- **La controversia sulla discriminazione:**

le ragioni sottese alla scelta sono irrilevanti: è unanimemente riconosciuto che coloro che hanno l'obbligo di salvare delle vite, nei confronti di più persone, e non riescono a soddisfare tutte le richieste, agiscono legittimamente quando una singola persona viene salvata. Le ragioni della scelta non sono valutabili. L'unico fattore decisivo è l'impossibilità di fatto di salvare tutte le vite e prestare soccorso a tutti.

# Discussione e soluzioni di diritto penale I -

## Ex ante-Triage

- I Motivi discriminatori nella scelta conducono ad una scelta sbagliata/illegittima

Nel caso del triage ex ante, si tratta della punibilità di decisioni specifiche, palesemente discriminatorie, circa l'attribuzione del dispositivo salvavita che possono e devono essere sanzionate. Dal punto di vista normativo, il principio di cui all'articolo 3, comma 2 (paragrafo 3), della Costituzione fornisce una ragione plausibile. In particolare, si dovrebbe integrare con un divieto di decisioni «corrotte» motivate cioè dalla promessa di vantaggi economici o di altra natura. Con tale norma (negativa), l'oggetto di riferimento e tutela non sarebbe la vita umana, piuttosto, il divieto mirerebbe nello specifico al contenuto iniquo di criteri di assegnazione inaccettabili.

# **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**

## **Art 3**

- (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
- (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.
- (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

## **Articolo 3 – Costituzione Repubblica Italiana**

**Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [cfr. XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [cfr. artt. 29 c. 2, 37 c. 1, 48 c. 1, 51 c. 1], di razza, di lingua [cfr. art. 6], di religione [cfr. artt. 8, 19], di opinioni politiche [cfr. art. 22], di condizioni personali e sociali.**

**E` compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'egualanza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.**

# Discussione e soluzioni di diritto penale I – Ex ante-Triage

- La selezione deve essere effettuata attraverso una "procedura di giustizia formale« (il sorteggio):

Per risolvere il dilemma del triage occorre utilizzare uno strumento di giustizia distributiva formale, che si può rinvenire nei casi di triage ex ante per sorteggio. Il sorteggio garantisce una giustizia formale indipendentemente dalla persona. Il principio di casualità insito nell'estrazione a sorte tutela l'uguaglianza di vita dei pazienti interessati, i quali hanno tutte le stesse chance di cura.

Allora come si dovrebbe decidere? C'è solo una regola per una decisione giusta: il sorteggio. Non è la volontà di una persona che decide, ma il destino (per i credenti la volontà di Dio). Anche questo principio è giusto, perché la sorte decide senza riguardo alla persona, davanti a lei tutti hanno le stesse possibilità/chance.

# Discussione e soluzioni di diritto penale II – Ex post-Triage

Fondamentale per il triage ex post è la questione se si tratti di un caso di «conflitto di doveri» o di un caso (possibilmente scusabile) di «omicidio assistito» «aktiven Tötung».

Il paziente A, che necessita di essere salvato, può essere soccorso solo se il salvataggio del paziente B, già iniziato, è completato e le attrezzature di soccorso sono messe a disposizione del paziente A.

L'obbligo/il dovere di agire nei confronti di A (ovvero salvarlo collegandolo al respiratore) può essere adempiuto solo se viene leso il dovere/obbligo nei confronti di B di non ucciderlo scolliegandolo dal respiratore/estubandolo.

# Discussione e soluzioni di diritto penale II – Ex post-Triage

- Il triage ex post non è compatibile con il principio costituzionale della «Lebenswertindifferenz» „indifferenza/eguaglianza nel valore della vita»

Il principio della «Lebenswertindifferenz» esprime il concetto in base al quale il diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica che qui rileva è particolarmente equalitario: ogni vita ha lo stesso valore, ogni diritto alla vita è ugualmente meritevole di tutela, indipendentemente dall'età, dallo stato di salute, dalla speranza di vita o dalla posizione sociale.

„Lebenswertindifferenz“ vuol dire che la vita umana e la dignità umana godono della stessa protezione costituzionale "indipendentemente dalla durata dell'esistenza fisica dell'individuo" (BVerfG – Corte Costituzionale Tedesca).

# Discussione e soluzioni di diritto penale II – Ex post-Triage

- First come, first served - Principio di „priorità“

Il paziente che è già stato curato nel reparto di terapia intensiva non può non essere escluso da questo trattamento. Nei casi di triage ex post, il principio di priorità porta a soluzioni adeguate. Anche il principio di priorità si basa, in ultima analisi, sul caso e garantisce la stessa possibilità di cura. A causa del trattamento già iniziato, il paziente guadagna una (*„verdichtete Hoffnung auf Überleben“*) - "speranza condensata di sopravvivenza"; questa speranza, che vale la pena proteggere, gli viene tolta.

# Discussione e soluzioni di diritto penale II – Ex post-Triage

- Eccezione nei pazienti moribondi?

Tuttavia, si può mettere un punto interrogativo a questo rigore se un paziente non ha alcuna possibilità realistica di sopravvivere e un ventilatore ha semplicemente aggiunto giorni o ore alla sua sofferenza, mentre potrebbe salvare la vita di un altro paziente.

Se secondo il corretto giudizio del medico non vi è alcuna possibilità ragionevole per un paziente di sopravvivere al trattamento, allora questo comportamento già non sarebbe indicato secondo i principi generali. Tuttavia, se esiste una chance/possibilità, cioè il trattamento sarebbe giustamente richiesto senza il «dilemma del triage», allora non può essere interrotto il trattamento semplicemente perché, in un tale dilemma, le prospettive di un altro paziente sono "evidentemente migliori".

# Discussione e soluzioni di diritto penale III – II

## Triage preventivo

- Dalle premesse di cui innanzi discende altresì la soluzione anche per la terza costellazione di casi pratici, in cui le capacità di cura sono specificamente destinate a potenziali pazienti con un'alta probabilità di sopravvivenza: se a qualcuno viene rifiutato il trattamento sulla base del triage preventivo, sebbene non vi sia ancora alcuna scelta da effettuare rispetto ad un altro specifico paziente, il soggetto responsabile della decisione commetterà un omicidio colposo o almeno lesioni personali per condotta omissiva.

**Il medico A può staccare il respiratore del ferito gravissimo B,  
per potervi attaccare il ferito C, che ha qualche chance di  
salvezza in più?**

---

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.*"

A parere della più autorevole giurisprudenza (cfr. ex plurimis [Cass., S.U. Sent. n. 8770/2018 - Mariotti](#)), 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.

«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).**

## **Stato di necessità**

**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**.

## **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.

## ESIMENTE

Tale esimente opererebbe – sia chiaro – sempre che sovvengano 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, sovviene 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/detttaglioContenutiNuovoCoronavirus.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_pagineAree_5373_1_file.pdf)  
• [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_notizie\\_3849\\_listаАile\\_itemName\\_1\\_file.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_3849_listаАile_itemName_1_file.pdf))

- Inadeguatezza della formulazione art. 590-sexies c.p.;
- Intervento restrittivo delle Sezioni unite Mariotti nel 2018 (non punibilità solo per imperizia *lieve* nella fase esecutiva);
- Scarso rilievo applicativo dell'art. 2236 c.c.;
- Necessità di considerare fattori emergenziali e di contesto.

**Decreto legge 1 aprile 2021 n. 44**

**Art. 3-bis Responsabilità colposa per morte o  
lesioni personali in ambito sanitario  
durante lo stato di emergenza  
epidemiologica da COVID-19**

Il Decreto Legislativo 1 aprile 2021 n. 44 "Misure urgenti di contenimento dell'epidemia da COVID-19 in materia di vaccinazioni anti-SARS-CoV-2, magistratura e concorsi pubblici" entrato in vigore con la Legge di conversione n. 71 del 1° giugno 2021, all'art. 3 bis ha introdotto una

**limitazione della responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19.**

## **Art. 3 bis**

- 1.** Durante lo stato di **emergenza epidemiologica** da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli **articoli 589 e 590** del codice penale, commessi **nell'esercizio di una professione sanitaria** e che trovano **causa** nella **situazione di emergenza**, **sono punibili solo nei casi di colpa grave**.
- 2.** Ai fini della **valutazione del grado della colpa**, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della **limitatezza delle conoscenze scientifiche** al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della **scarsità delle risorse umane e materiali** concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del **minor grado di esperienza e conoscenze tecniche** possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

## Comma 1

### A) Il limite professionale

- L'applicazione della norma è limitata agli atti commessi **nell'esercizio di una professione sanitaria**. Infatti, la norma considerata vale anche per i fatti commessi rientranti negli artt. 589 e 590 c.p., i quali, per essere esenti da responsabilità penale (salvo colpa grave), devono essere commessi nell'esercizio di una "professione sanitaria".
- Per determinare l'ambito **occupazionale** ricompreso nell'espressione "esercizio di una professione sanitaria", si fa riferimento al contenuto dell'Atto di Conversione Relazione alla Camera dei Deputati (A.C. 3113) e quindi all'intento del legislatore nel far fronte alla necessità di "iscrizione all'albo delle professioni mediche".

- Secondo autorevole dottrina, si potrebbe fare riferimento anche a quelle finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e forensi che caratterizzano la professione sanitaria (come indicato nella Legge n. 24/2017, articolo 5, comma 1). Particolare attenzione meritano le finalità preventive oggetto delle norme anti-contagio SARS-CoV-2, la norma colpirebbe i dirigenti ospedalieri in caso di inosservanza delle norme di prevenzione che comportino morte o infortunio, nonché i dirigenti delle RSA. Se si vuole ritenere che la norma valga anche per i dirigenti, dovrebbe valere solo per i dirigenti sanitari o persone abilitate all'esercizio di una professione sanitaria con titolo adeguato (es. chirurgo); sarebbero quindi esclusi gli altri dirigenti, tipicamente laureati in giurisprudenza o in economia. Pertanto, non appare ammissibile che la norma possa includere prestazioni sanitarie finalizzate ad attività di prevenzione e quindi del tutto slegate da un titolo professionale, **poiché la norma avrebbe altrimenti un'esclusione di responsabilità troppo ampia.**

## **B) Il limite eziologico**

- Altro criterio di applicabilità della norma e quindi di non punibilità del fatto ex art. 3bis è che il fatto deve essere **causa della situazione di emergenza sanitaria da Covid-19.**
- Con questo limite causale-eziologico, la norma ha voluto rimuovere il riferimento temporale al periodo pandemico; cosicché, ai fini dell'esenzione, non è sufficiente che gli eventi si siano verificati durante lo stato di emergenza approvato dal governo, ma che gli eventi si siano verificati in una situazione di urgenza - di urgenza clinica per alterare il normale svolgimento dell'azione.

- In questo contesto si distingue facilmente la situazione di chi si trova in un pronto soccorso e deve affrontare l'arrivo delle ambulanze, in fila, con pazienti Covid con insufficienza respiratoria dovuta a polmonite;
- e la situazione del medico che scotomizza con calma un quadro clinico di paziente Covid a casa, al telefono, senza nemmeno procedere al triage telefonico dei sintomi e dei dati anamnestici e prescrive solo il paracetamolo a un paziente febbricitante.
- Tale soluzione appare coerente con la littera legis e con la ratio della norma di esenzione da responsabilità penale, che altrimenti non avrebbe plausibile giustificazione.

- L'elemento eziologico consente di includere nella casistica non solo gli eventi riconducibili a patologie Covid-correlate, ma anche eventi riconducibili a patologie non Covid-correlate, purché causati o aggravati dall'abbassamento del livello di assistenza sanitaria, a causa della priorità data alla lotta alla pandemia. Determinante per la dottrina è la necessità di tener conto e quindi di trascurabile incidenza del contesto emergenziale nel regolare modus operandi dei medici e sanitari e quindi per valutare il rispetto e la conformità alle cautele sanitarie necessarie nonché valutare il livello esigibile di rimproverabilità colposa.

### **C) limite temporale - efficacia nel tempo**

La norma in questione si scontra con un limite temporale, che deriva dal suo carattere di norma temporanea ed eccezionale. Infatti, come indicato dalla sezione della legge ("Responsabilità per morte o lesioni personali nel settore sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19"), l'articolo 3 bis è destinato a trovare applicazione durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19. Lo stato di emergenza epidemiologica è stato dichiarato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 ed è stato poi prorogato fino al 31 marzo 2022.

- È importante notare che lo stato di emergenza influisce sulla condotta, ostacolando o rendendo impossibile quella corretta, ma non influisce sull'evento (lesioni o morte) che può verificarsi in qualsiasi momento anche successivo a conclusione della fase di emergenza sanitaria. Si pensi a quei pazienti che, dopo una diagnosi errata ad esempio il 14 giugno 2021, successivamente sono deceduti per Covid-19 dopo la data di termine dell'emergenza. Pertanto, la novella legislativa troverà applicazione (principio del *tempus commissi delicti* ai reati con evento ritardato), anche ai casi di morte o lesioni verificatesi dopo il 31 marzo 2022.

- Tale interpretazione è conforme ai principi dettati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte:
- «In tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta»
- **Cass. pen., Sez. Unite, 19/07/2018, n. 40986**

## **Comma 2**

### **Definizione di colpa grave ai sensi dell'articolo 3-bis**

- L'articolo 3-bis, comma 2, stabilisce che, per determinare il grado di colpa, tra i fattori che possono escluderne la gravità, il giudice tiene conto dei seguenti elementi:
- **a) le limitate conoscenze scientifiche** al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate;
- **b) la scarsità delle risorse umane e materiali** concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare;
- **c) il minore grado di esperienza e conoscenze tecniche** possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

- Nel valutare la *littera legis* "tra i fattori", la dottrina ha sottolineato che i fattori indicati nella norma non sono tutti i fattori apprezzabili ai fini esimenti, essendo stata lasciata aperta la via di accesso per altri fattori.
- In ogni caso la norma non fornisce una definizione di colpa grave, ma individua solo alcuni fattori che costituiscono dati di valutazione, ovvero «che cosa» deve essere valutato ma non «come» i dati devono essere valutati, lasciando pertanto aperto il criterio di valutazione.

# **Analizzando nel dettaglio i tre diversi fattori che possono aiutare a escludere la gravità della colpa, possiamo evidenziare quanto segue:**

- Sub lett. a) **limitate conoscenze scientifiche**  
il fattore legato alle limitate conoscenze scientifiche sulle patologie da SARS-CoV-2 al momento del fatto, può influenzare l'esatto quadro patologico e di conseguenza le terapie più appropriate.
- ad esempio, si pensi alla omessa somministrazione di eparina quando non era già noto il meccanismo patogenetico del SARS-CoV-2 che attiva la coagulopatia; si consideri anche la somministrazione di farmaci off-label per il trattamento del Covid-19 basata solo su un approccio razionale e non sulla letteratura internazionale accreditata, che ancora è assente.

- **Sub lett. b) la scarsità delle risorse umane e materiali**

il fattore relativo alla scarsità delle risorse umane e materiali effettivamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare può condizionare un'adeguata cura e cura dei pazienti.

Ad esempio, si pensi, al decesso avvenuto in un'area covid - più o meno idonea - in cui il paziente covid è stato ricoverato dopo la visita al pronto soccorso e in attesa del ricovero nel reparto di destinazione, e non nel reparto di destinazione del paziente, in quanto non disponibile perché già saturo.

- Sub lett. c) **il minore grado di esperienza e conoscenze tecniche**

Il fattore della minore esperienza e conoscenza specialistica del personale non specializzato impiegato per fronteggiare l'emergenza sanitaria si riflette sulla misura soggettiva della rimproverabilità.

Ad esempio, si pensi, all'inizio dell'epidemia, al mancato isolamento di un paziente sintomatico al Covid-19 da parte di un medico non infettivologo, con conseguente diffusione del virus e della contrazione della malattia nelle persone entrate in contatto con quel paziente.

# **Ambito di applicazione e reati esclusi**

---

- Quanto alla qualificazione giuridico - penale del fatto, l'articolo 3bis è limitato ai fatti inquadrabili nelle fattispecie di cui ai predetti fatti punibili dagli articoli 589 e 590 c.p.

Sono pertanto **escluse** dall'ambito di applicazione della norma le seguenti fattispecie di reato:

## **Art. 438 – Epidemia**

L'epidemia si manifesta nel vero e proprio contagio di persone, che a loro volta devono creare condizioni di pericolo per la salute di altre persone. Non è sufficiente, quindi, il comportamento di chi agisce privo di cautele, essendo necessario un contagio effettivo, così come non è sufficiente lo stesso effettivo contagio, poiché si richiede una ulteriore pericolosità per altri soggetti.

Un altro punto problematico è il necessario dominio diretto sugli agenti patogeni; la scarsa letteratura in materia ha richiesto il diretto dominio sugli agenti patogeni, con la conseguenza che sarà richiesto qualcosa di più rispetto al semplice essere risultati positivi al Covid-19.

- Sono esclusi anche i **reati di rifiuto di atti di ufficio per ragioni di sanità (art. 328 c.p.)** – come ad esempio accertamenti diagnostici no-Covid, richiesti e negati ad alcuni pazienti durante l'emergenza sanitaria.
- l'ipotesi di **morte o lesioni in conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.)**, configurabili, ad esempio, come conseguenza della negazione delle prestazioni sanitarie per effetto dell'attuale emergenza sanitaria.

- infine, le cosiddette "**decisioni tragiche**" non rientrano nella norma:  
la decisione di curare un paziente piuttosto che un altro la cui morte per fallimento o interruzione della terapia salvavita è accettata come conseguenza certa **è infatti dolosa**.
- La non punibilità della scelta dovrà essere valutata in altri ambiti quali lo stato di necessità – causa di giustificazione art. 54 c.p. – o nell'ipotesi del soccorso a favore del terzo.
- I criteri adottati per la «scelta» possono essere tratti dalle raccomandazioni della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione Terapia Intensiva (SIAARTI) o da comitati etici accreditati.

## LA COLPA MEDICA I LIMITI ATTUALI

- Aperture (di parte) della giurisprudenza di legittimità;
- Proposte della Commissione di studio istituita nell'aprile del 2023 presso il Ministero della Giustizia (conclusi i lavori);
- Iniziative e prese di posizione politiche;
- **Legge 23 febbraio 2024, n. 18, di conversione del decreto milleproroghe (d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini normativi").**

# La responsabilità medica oggi: la legge n. 18 del 2024

**art. 4, comma 8-septies:** "la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall'articolo 3-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale **commessi fino al 31 dicembre 2024** nell'esercizio di una professione sanitaria **in situazioni di grave carenza di personale sanitario**".

**art. 4 comma 8-octies:** "ai fini di cui al comma 8-septies, si tiene conto delle **condizioni di lavoro dell'esercente la professione sanitaria, dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie** concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, del **contesto organizzativo** in cui i fatti sono commessi nonché del **minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato**".

Si estende la limitazione della punibilità (**colpa grave**) contemplata all'art. 3-bis ai fatti di omicidio e lesioni colposi commessi sino al 31 dicembre 2024 nell'esercizio della professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario.

A tal fine, occorre **tenere conto**:

- a) delle **condizioni di lavoro dell'esercente** la professione sanitaria;
- b) **dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie** concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare;
- c) del **contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi** nonché del **minor grado di esperienza e conoscenze tecniche** possedute dal **personale non specializzato**.

La recente **giurisprudenza di legittimità** ha individuato alcuni **parametri di valutazione del grado della colpa**:

- misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella alternativa doverosa (*gravità della violazione della regola cautelare*);
- misura del rimprovero personale, sulla base delle specifiche condizioni dell'agente;
- motivazione della condotta (se osservata in urgenza/emergenza, o in situazione di routine);
- consapevolezza o no di tenere una condotta pericolosa (in particolare: Cass., Sez. IV, 22405/2015; 15258/2020; 9443/2023; 33370/2023).

Cassazione penale sez. IV - 06/06/2023, n. 33370

Al riguardo, come correttamente osservato dal giudice a quo, occorre rilevare che dall'epoca in cui si è verificato il fatto, nell'anno 2011, ad oggi si sono succedute ben tre normative. Nel 2011 l'ordinamento non dettava alcuna particolare prescrizione in tema di responsabilità medica. Erano dunque applicabili i principi generali in materia di colpa, alla stregua dei quali il professionista era penalmente responsabile, ex art. 43 c.p., quale che fosse il grado della colpa. Era cioè indifferente, ai fini della responsabilità, che il medico versasse in colpa lieve o in colpa grave. Nel 2012 entrò in vigore il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in L. 8 novembre 2012, n. 189 (cosiddetta legge Balduzzi), il quale all'art. 3, comma 1, recitava: "L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si attiene alle linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo". Successivamente è entrata in vigore la L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. L. Gelli-Bianco), che è però inapplicabile al caso di specie, poiché l'art. 590 sexies, da essa introdotto, come correttamente rilevato dalla Corte d'appello, inerisce esclusivamente ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. e non al reato di aborto colposo. Occorre dunque stabilire quale sia il regime applicabile al caso di specie.

E', al riguardo, da escludersi che quest'ultimo sia ravvisabile nell'assetto normativo vigente all'epoca del fatto. Abbiamo, infatti, appena rilevato come nel contesto del regime normativo originario la distinzione fra colpa lieve e colpa grave fosse del tutto irrilevante ai fini della responsabilità penale, potendo, al più, assumere rilievo nell'ottica del trattamento sanzionatorio, in quanto colpa lieve e colpa grave erano titoli del tutto equivalenti d'imputazione soggettiva dell'illecito. Al caso di specie potrebbe pertanto trovare in astratto applicazione, in quanto norma più favorevole, l'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi, che, in ragione dell'ampia formulazione normativa, è applicabile, ratione temporis, anche al reato di aborto colposo. Quest'ultima disposizione, però, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, richiede che sia ravvisabile esclusivamente una colpa lieve. Orbene, nella valutazione del grado della colpa, possono essere utilizzati i seguenti parametri: a) la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi; b) la misura del rimprovero personale, sulla base delle specifiche condizioni dell'agente; c) la motivazione della condotta; d) la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa (Cass., Sez. 4, n. 22405 dell'8-5-2015, Rv. 263736).

Grazie per la Vostra attenzione.

Avv. Stefano Grisolia LL.M.

[avv.stefanogrisolia@gmail.com](mailto:avv.stefanogrisolia@gmail.com)

EU4GH Training Course