

CONSIDERAZIONI SULLA COLPA GRAVE IN AMBITO SANITARIO A PARTIRE DALL'ESPERIENZA DEL DIRITTO PENALE PANDEMICO (*)

di Roberto Bartoli

L'Autore s'interroga sulla possibilità di delimitare la responsabilità medica per colpa grave, distinguendo tra una delimitazione in condizioni di normalità e una delimitazione in condizioni di emergenza. Sul piano legislativo, risulta paradossale che il nostro sistema vigente abbia previsto una delimitazione "forte" per le situazioni di emergenza e una delimitazione "debole" per quelle di normalità, mentre in prospettiva di riforma sarebbe opportuno disciplinare in modo per certi aspetti rovesciato, prevedendo cioè una delimitazione "forte" per i contesti di normalità, mentre per le situazioni di emergenza potrebbero operare i principi generali. Sul piano strutturale, la delimitazione per le situazioni di normalità deve passare da una tipizzazione della peculiare situazione di rischio particolarmente complessa che il medico deve affrontare, rispetto alla quale è costituzionalmente ragionevole punire soltanto se la colpa risulta grave.

SOMMARIO: 1. Le possibili chiavi di lettura del tema assegnatomi: tra prospettiva vigentista e prospettiva politico-criminale costituzionalmente orientata. – 2. Pandemia e delimitazione della responsabilità colposa: se e come. – 2.1. Le ragioni della necessità di una norma *ad hoc*. – 2.2. I problemi di una delimitazione della responsabilità basata sulla colpa grave. – 3. Tentativo di razionalizzazione del sistema in una prospettiva politico-criminale costituzionalmente orientata. – 3.1. Normalità e delimitazione della responsabilità attraverso la colpa grave. – 3.1.1. La valutazione di gravità della colpa. – 3.2. Pandemia e stato di necessità perdurante. – 4. Conclusioni a carattere generalissimo.

1. Le possibili chiavi di lettura del tema assegnatomi: tra prospettiva vigentista e prospettiva politico-criminale costituzionalmente orientata.

Vorrei partire dal tema che mi è stato assegnato per questo mio intervento: "colpa grave e diritto penale pandemico"¹. A ben vedere, rispetto a questo titolo si possono adottare due diverse chiavi di lettura.

(*) Si pubblica qui il testo della relazione tenuta al Convegno "Il grado della colpa nel diritto penale della medicina: un'analisi di politica criminale", svoltosi a Salerno il 9 novembre scorso, i cui atti sono in corso di pubblicazione, a cura di Antonino Sessa.

¹ Sulla colpa medica in ambito pandemico, v. per tutti M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1171 ss.; C. CUPELLI, *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *Enc. Dir., I Tematici*, vol. II, diretto da M. DONINI,

Da un lato, si può compiere una lettura – per così dire – vigentista, che assume come oggetto della riflessione la disciplina introdotta con la l. n. 71/2021 in tema covid e, più precisamente, la disciplina di cui all’art. 3-*bis* che aveva delimitato la responsabilità penale del personale sanitario alle ipotesi di colpa grave. Questo il tenore letterale della norma: «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-1 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».

In questa prospettiva vigentista, ci si dovrebbe occupare dei problemi interpretativi e applicativi posti da tale norma, non tanto in ordine alla definizione dello stato di emergenza, formalizzata attraverso il richiamo della dichiarazione del Consiglio dei ministri, quanto piuttosto rispetto ai criteri di valutazione del grado della colpa.

Tuttavia, non mi pare sia questa la lettura che ci viene chiesta dall’amico e collega Antonino Sessa, organizzatore di questa iniziativa, se si considera il titolo generale del Convegno, incentrato sull’idea della politica criminale, vale a dire sull’idea di compiere valutazioni non solo in chiave di riforma, ma anche in chiave di sistema e quindi di principi: la politica criminale, oggi, non può che essere una politica criminale costituzionalmente orientata.

Ecco allora che, dall’altro lato, proprio se si valorizza l’idea della politica criminale costituzionalmente orientata, si può compiere una lettura per l’appunto se non critica, comunque valutativa della disciplina vigente. In questa prospettiva, è come se il titolo si chiudesse con un punto di domanda: “colpa grave nel diritto penale pandemico?”. Insomma, in questa prospettiva, non solo ci si deve interrogare su quale valenza abbia la colpa grave nel diritto penale pandemico, quale sia la sua *ratio*, la sua funzione; ma, ancora più a fondo, occorre indagare il senso che la colpa grave può avere nel diritto penale complessivamente considerato e, più in generale, il senso di qualsiasi delimitazione della responsabilità penale colposa, sia essa riferita alle situazioni di normalità che a quelle di emergenza.

Milano, 2021, pp. 340 ss.; P. VENEZIANI, [La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19](#), in *questa Rivista*, 28 aprile 2022.

2. Pandemia e delimitazione della responsabilità colposa: se e come.

Precisato che adotteremo questa seconda prospettiva di politica criminale costituzionalmente orientata, questioni cruciali divengono le seguenti: ha senso una disposizione *ad hoc* che delimita la responsabilità medica in un contesto pandemico? Inoltre: ammesso che abbia senso una previsione *ad hoc*, ha senso una delimitazione della responsabilità sanitaria nei contesti pandemici basata sulla colpa grave?

Ebbene, a queste domande rispondiamo subito dicendo sì e no: ancora una volta, tutto dipende dal punto di vista che s'intende adottare. Ed infatti, se stiamo al nostro sistema penale per l'appunto vigente o, meglio, al nostro sistema previgente rispetto all'introduzione dell'art. 3-bis cit., direi che la previsione di una norma *ad hoc* ha avuto una sua plausibilità. Infatti, se, da un lato, si può porre l'esigenza di una delimitazione della responsabilità medica in contesti del tutto peculiari, che potremmo definire emergenziali, dall'altro lato, però, come vedremo, rispetto a tali contesti non poteva trovare applicazione l'art. 590-*sexies* c.p., che, com'è noto, già delimita la responsabilità penale colposa medica nelle situazioni – per così dire – di normalità, ma con riferimento a ipotesi del tutto eccentriche che presuppongono l'esistenza di linee guida e buone pratiche. In particolare, il vigente art. 590-*sexies* c.p. dispone che «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».

D'altra parte, una volta riconosciuta la plausibilità di una norma *ad hoc*, sveltando lo sguardo al di là della normativa vigente e dei problemi che essa pone, non si può non riflettere sulla razionalità di un sistema che complessivamente risulta costituito dall'art. 590-*sexies* c.p. per le situazioni di normalità e dall'art. 3-bis cit. per quelle di emergenza: ed infatti, da un lato, non può non suscitare un certo stupore la circostanza che una norma delimitante la responsabilità nelle situazioni di normalità non possa trovare applicazione rispetto alle situazioni di pandemia, rispetto a situazioni, cioè, in cui l'esigenza delimitante si fa assai più consistente e pressante, proprio in virtù della eccezionalità delle situazioni; dall'altro lato, suscita altrettanto stupore la circostanza che l'art. 3-bis cit. si sia basato su un criterio di delimitazione come la colpa grave che, a ben vedere, viene di solito riferito alle situazioni di normalità, più che a quelle di emergenza.

Insomma, a ben vedere, in tema di delimitazione della responsabilità penale colposa in ambito medico, sembra regnare, se non una vera e propria confusione, comunque un certo disallineamento che può porre problemi di coerenza e razionalità.

2.1. Le ragioni della necessità di una norma *ad hoc*.

Ebbene, la disciplina prevista dall'art. 3-bis cit. ha senso e persegue uno scopo senz'altro ragionevole. Ed infatti, l'obiettivo consiste per l'appunto nel ridurre l'ambito

della responsabilità medica in ambito penale, e il senso si trova nei limiti che caratterizzano l'art. 590-*sexies* c.p.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, anzitutto, quella dell'art. 590-*sexies* non si può considerare una disciplina particolarmente efficace ed entusiasmante: ultima tappa di un percorso di riforme molto faticoso, se non farraginoso (prima riforma Balduzzi, poi riforma Gelli-Bianco), risulta alquanto incerta nella *ratio*, complessa e contraddittoria nella formulazione, nonché caotica nell'interpretazione e nella prassi applicativa. Tant'è vero che si sono dovute pronunciare le stesse Sezioni Unite con una sentenza che, se, da un lato, ha tentato di dare coerenza alla disciplina, dall'altro lato, però, ha raggiunto approdi non del tutto chiari e soddisfacenti², come dimostrato dalla presenza di arresti giurisprudenziali successivi volti a compiere precisazioni ulteriori³.

Ma soprattutto, al di là di questi aspetti, il punto paradossale – come già accennato – è che questa disciplina “della normalità” prevista dall'art. 590-*sexies* non avrebbe mai potuto coprire le ipotesi che si sono verificate nell'ambito della pandemia, vale a dire proprio quelle ipotesi rispetto alle quali si poteva porre davvero l'esigenza di una delimitazione della responsabilità penale in virtù del contesto del tutto eccezionale⁴. Ed infatti, presupposto applicativo dell'art. 590-*sexies* è la presenza di raccomandazioni e buone pratiche consolidate, inesistenti nella situazione dell'emergenza pandemica.

Ecco che, per tutte queste ragioni, il legislatore è stato – per così dire – costretto a prevedere una disciplina *ad hoc* delimitante la responsabilità, basata sulla colpa grave e calibrata sulla situazione di emergenza.

2.2. I problemi di una delimitazione della responsabilità basata sulla colpa grave.

Ma eccoci al punto: se la riforma ha senso in virtù di una disciplina vigente non particolarmente brillante, essa ha senso – per così dire – anche in una prospettiva di sistema e di principi? Più precisamente, ha senso basare la delimitazione della responsabilità sulla colpa grave?

Ebbene, a me pare che tale disciplina non abbia molto senso, proprio se si riflette sul sistema di disciplina che complessivamente emerge dalle due norme: dall'art. 590-*sexies* c.p., relativo alle situazioni di normalità, e dall'art. 3-*bis* l. 76/2021, relativo alle situazioni da emergenza/eccezione pandemica.

Ed infatti, per le situazioni di normalità, come visto, opera una disposizione del tutto eccentrica, concernente ipotesi peculiari, talmente peculiari da risultare inapplicabile proprio quando si viene a creare una situazione di emergenza, che pone indubbiamente un'esigenza di delimitazione della responsabilità colposa. Per le situazioni eccezionali, opera invece una delimitazione basata sulla colpa grave, e cioè una disposizione che, a ben vedere, potrebbe operare – per così dire – sempre, non soltanto nelle situazioni di emergenza, ma anche in quelle di normalità.

² Cass. pen., Sez. Un., n. 8770/2018, Mariotti.

³ Cass. pen., Sez. IV, n. 15258/2020, Agnello.

⁴ V. per tutti M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021, p. 17.

Insomma, attualmente il nostro sistema è così composto: mentre per la normalità opera una disposizione destinata a trovare applicazione rispetto a ipotesi nella sostanza di difficile individuazione e molto marginali (non è un caso che la sentenza delle Sezioni Unite Mariotti non abbia definito i presupposti della “scusante”, ma piuttosto abbia elencato le ipotesi in cui un sanitario continua ad essere responsabile⁵), per l’eccezione opera invece una disposizione che nel momento in cui fa riferimento alla colpa grave, si potrebbe attingere anche alle situazioni di normalità.

3. Tentativo di razionalizzazione del sistema in una prospettiva politico-criminale costituzionalmente orientata.

A nostro avviso, le cose dovrebbero stare esattamente all’opposto, per cui mentre per la normalità dovrebbe operare la colpa grave, per le situazioni davvero eccezionali come quelle pandemiche, invece, l’esclusione della responsabilità non dovrebbe essere connessa alla gravità della colpa, ma dovrebbe risultare dall’impossibilità di adempiere, dalla inesigibilità del comportamento dovuto, derivante dalla presenza di un perdurante stato di necessità che rende del tutto impossibile compiere addirittura lo stesso giudizio di colpa.

3.1. Normalità e delimitazione della responsabilità attraverso la colpa grave.

In particolare, per quanto riguarda le situazioni di normalità, al di là dei vari limiti applicativi posti dall’art. 590-*sexies* vigente, vi sono ottime ragioni per ritenere che in quell’ambito dovrebbe essere prevista una limitazione della responsabilità per colpa grave⁶.

Anzitutto, v’è una sorta di convergenza di interessi tra quelli perseguiti dal medico autore e quelli perseguiti dal paziente vittima, perché entrambi i soggetti creano una alleanza terapeutica orientata all’esito fausto dell’attività compiuta. E ciò, a

⁵ Cass. pen., Sez. Un., n. 8770/2018: « 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 nell’individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; d) se l’evento si è verificato per colpa “grave” da imperizia nell’esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell’atto medico».

⁶ In argomento, cfr. per tutti M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in *Enc. Dir., I Tematici*, vol. II, pp. 153 ss.; ID., *La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie. La proposta di riforma dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, in *Riv. it. Med. Leg. e Dir. san.*, 2022, pp. 57 ss.; M.L. MATHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021. Sul concetto di colpa grave in generale, cfr. P.F. POLI, *La colpa grave*, Milano, 2021.

differenza di quanto avviene in altri settori, come ad esempio nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro, dove l'interesse perseguito dal datore in termini di efficienza o addirittura di risparmio di spesa risulta spesso divergente da, se non confliggente con quello del lavoratore di essere tutelato dai rischi di offese alla persona, caratteristica che non depone a favore di una delimitazione della responsabilità, ma se mai spinge per un maggior rigore.

In secondo luogo, si deve considerare che il rischio da attività medica si colloca su una realtà che già di per sé è caratterizzata da un rischio: ed infatti, il rischio dell'attività del medico si innesta sul rischio patologico già in atto e – per così dire – naturalisticamente orientato verso l'offesa. La conseguenza è che l'attività medica si fa di per sé particolarmente complessa. Da un lato, la “fetta” di rischio per la quale il medico può essere reso autenticamente responsabile non è quella ampia che deriva dal rischio patologico, ma quella più ristretta connessa all'attività, che si aggiunge al rischio patologico naturale. Dall'altro lato, più diviene complesso il rischio patologico, più si restringe lo spazio per una responsabilità medica.

Ed ancora, con l'esercizio dell'attività medica si è nel regno della colpa generica, non soltanto perché possono mancare regole cautelari scritte, ma soprattutto perché, anche là dove sono previste regole cautelari scritte, la situazione di rischio risulta in continua trasformazione. Più precisamente, noi possiamo standardizzare quanto si vuole l'attività medica e quindi prevedere anche protocolli e linee guida scritti che possono coincidere con regole cautelari, ma la realtà è tale per cui in concreto queste regole possono non operare in ragione del mutamento della situazione di rischio, con la conseguenza che nella stragrande maggioranza delle ipotesi il contesto di rischio finisce per esigere comportamenti diversi da quelli puntualmente indicati all'interno dei protocolli e delle raccomandazioni. E quando v'è colpa generica e, più precisamente, residuo di colpa generica derivante dal mutamento della situazione di rischio occorre impiegare la responsabilità colposa con enorme prudenza e delicatezza.

Infine, all'interno di particolari contesti, la situazione di rischio può divenire particolarmente complessa da gestire: si pensi a quando mancano conoscenze sufficienti sul piano delle leggi scientifiche esplicative con riflessi sulla formulazione delle regole cautelari oppure al paziente che presenta una condizione clinica del tutto peculiare (non esistono malattie, ma malati), oppure al fattore tempo, per cui determinate attività devono essere svolte entro uno ristrettissimo lasso di tempo prima che certe terapie divengano inefficaci in virtù della condizione irreversibile di un determinato stato (si pensi all'urgenza). Ebbene, là dove la situazione tende a farsi particolarmente complessa e, come accennato, si estende il rischio patologico, non ha molto senso punire allorquando la colpa risulta essere – per così dire – tenue, mentre è plausibile punire in presenza di una colpa che risulti per l'appunto grave, macroscopica, derivante da errori consistenti e che quindi, in una situazione di non complessità, risulterebbero addirittura – per così dire – inammissibili.

Ecco che davanti a tutte queste particolarità dell'attività medica, si deve ritenere che vi siano fondate ragioni per limitare la responsabilità colposa alle ipotesi di colpa grave.

E in questa stessa direzione si è già espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 163/1973: « la particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) "di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista" stesso. Ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale. Siffatta esenzione o limitazione di responsabilità, d'altra parte, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità»⁷.

3.1.1. La valutazione di gravità della colpa.

Chiarito che la responsabilità medica nelle situazioni di normalità può essere delimitata alla colpa grave, tema centrale diviene stabilire come compiere la valutazione di gravità della colpa.

Ebbene, a mio avviso, non è sufficiente sancire che la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave. Così come non è sufficiente aggiungere a tale disposizione l'elencazione degli indici da utilizzare ai fini della valutazione del grado della colpa. Una disciplina del genere, infatti, oltre a porre problemi di determinatezza, non sarebbe in grado di tradurre in termini tipizzanti la *ratio* della scusa, connessa al particolare contesto in cui si esercita l'attività medica.

Piuttosto, proprio come suggerito a suo tempo dalla giurisprudenza costituzionale, la delimitazione della responsabilità alla gravità della colpa deve essere connessa alla *soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà*, con la conseguenza che, prima di valutare la gravità della colpa, occorre definire la situazione che si fronteggia, vale a dire individuare/delimitare la situazione sul piano oggettivo: solo se la situazione di rischio si caratterizza per una sostanziale complessità/difficoltà, si può ammettere la restrizione della responsabilità ai casi di colpa grave. Una volta ammesso questo più favorevole metro di giudizio, si valuterà se sussiste la gravità della colpa secondo gli indici *standard*, quali ad esempio la particolare rilevanza della deviazione dalle regole

⁷ Corte cost., sent. n. 166/1973.

cautelari, le condizioni di lavoro, il livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, etc.⁸

Fuori dalla complessità operano invece tutte le ipotesi di colpa, sia essa grave o non grave. Insomma, rilevante è la situazione di rischio che si deve affrontare, da apprezzare oggettivamente. Una volta definita la situazione si può compiere un giudizio di gravità.

Con la conseguenza che forse necessitano di un aggiustamento le recenti proposte di riforma formulate da autorevolissimi Colleghi, che non definiscono a sufficienza la situazione oggettiva in termini di complessità/difficoltà, con il rischio di svilire la complessità del rischio e le difficoltà di contesto a indice di valutazione della gravità⁹.

Un'ultimissima considerazione: quale ruolo attribuire all'eventuale rispetto di regole cautelari scritte nei casi di c.d. residuo di colpa generica? Ribadito che il rispetto delle regole cautelari scritte non può di per sé escludere la responsabilità laddove esse risultino non pertinenti a causa del mutamento del tipo o grado di rischio, sembra però che tale diligenza – per così dire – iniziale del sanitario possa essere valorizzata, non per l'appunto in termini escludenti, ma in termini attenuanti la responsabilità: con la conseguenza che, in presenza di una situazione di complessità, che quindi porta a delimitare la responsabilità alla colpa grave, il rispetto delle regole cautelari scritte *prima facie* pertinenti potrebbe condurre ad attenuare la gravità della colpa generica residuale.

3.2 *Pandemia e stato di necessità perdurante.*

Una volta delineato l'assetto della responsabilità medica per il contesto da normalità attraverso la valorizzazione della colpa grave, occorre esaminare la situazione pandemica: ha senso per tale situazione una riduzione della responsabilità medica basata sulla colpa grave?

A mio avviso non ha molto senso, perché il contesto pandemico è altro rispetto a quello della normalità, o meglio, a quello di complessità della situazione di normalità.

Ed infatti lo stato emergenziale pandemico, se rigorosamente e autenticamente inteso, determina ulteriori condizioni oggettive relative al contesto che, come accennato, rendono addirittura inesigibili le normali condotte diligenti. Se restiamo fedeli ai principi generali di garanzia, in una situazione pandemica non si può essere chiamati a rispondere per colpa, perché l'esclusione della responsabilità per colpa si fa – per così dire – ancora più radicale e assoluta. Ed infatti la situazione non è complessa e nemmeno episodicamente di emergenza, ma piuttosto risulta strutturalmente emergenziale, potremmo parlare di uno stato di necessità perdurante rispetto al quale non si può pretendere la condotta conforme a diligenza. Certo, il tutto deve trovare causa, essere

⁸ In argomento cfr. Cass. pen., Sez. IV, n. 15258/2020.

⁹ In argomento, cfr. C. CUPELLI, *Una proposta di riforma della responsabilità penale degli operatori sanitari (art. 590-sexies c.p.)*, in *Federalismi*, 10 agosto 2022, pp. 1 ss.; M. CAPUTO, *La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, cit., pp. 57 ss.

connesso, legato alla situazione di emergenza effettivamente esistente al momento in cui si compie l'attività, ma una volta che la situazione pandemica è presente e un legame tra attività medica e situazione pandemica sussiste, non si può rispondere per colpa.

A dimostrazione di quanto da me sostenuto sta proprio la formulazione dell'art. 3-bis d.l. n. 76/2021, vale a dire la previsione della colpa grave pandemica. In particolare, spia della contraddizione di fondo sono gli indici che vengono previsti per valutare la gravità della colpa: limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da sars covid e sulle terapie appropriate; scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare; minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

Ebbene, a ben vedere, questi non sono meri indici per valutare la gravità, ma piuttosto fattori che descrivono la situazione oggettiva che deve stare alla base della gravità. Inoltre, e direi soprattutto, non sono fattori che descrivono una situazione di complessità per la quale è plausibile valutare poi la gravità, ma fattori che per l'appunto attengono a una situazione di emergenza strutturale, per la quale risulta impossibile compiere un giudizio di responsabilità per la mancanza di una possibilità di adempiere.

Se questo è vero, era la stessa applicazione dei principi che avrebbe dovuto portare alla irresponsabilità ovvero, detto diversamente, quanto previsto dalla legislazione di emergenza in realtà non è un'ipotesi di colpa grave, ma per l'appunto di irresponsabilità *tout court* derivante dal principio di personalità della responsabilità penale, per cui nessuno può essere fatto responsabile allorquando si affrontano situazioni di necessità.

Ed allora qual è la *ratio* di questa disposizione? Difficile a dirsi. Più che giuridica, la *ratio* sembra essere prettamente politica. Anzitutto, come accennato, è il frutto di una norma – l'art. 590-*sexies* c.p. – delimitativa della responsabilità in un contesto di normalità che finisce per creare più problemi di quanti ne risolve. In secondo luogo, lo scopo era quello di impedire alle procure di avviare procedimenti, tradendo così una sfiducia di fondo soprattutto verso gli organi inquirenti. Infine, non è da escludere che attraverso questa norma si sia finito per tutelare gli stessi assetti organizzativi al fine di porre una pietra tombale su eventuali responsabilità organizzative soprattutto apicali. Se infatti si prevede la non punibilità per le "realità basiche", è difficile poi risalire alle responsabilità apicali, mentre l'apertura di processi nei confronti di realtà basiche avrebbe potuto far emergere per l'appunto l'irresponsabilità delle realtà basiche e la responsabilità dei vertici organizzativi.

4. Conclusioni a carattere generalissimo.

A conclusione, sia consentita una considerazione a carattere davvero generale sul nostro sistema vigente in ordine al suo assetto complessivo nella valutazione del disvalore di colpa.

In estrema sintesi, si può osservare come l'assetto sia il seguente: massima gravità è riconosciuta alla colpa stradale (fattispecie autonoma ulteriormente aggravata da una

pluralità di ipotesi); dopo di che abbiamo la colpa nei luoghi di lavoro (aggravante); infine, v'è la colpa medica (non aggravata), rispetto alla quale si prevedono ipotesi di esclusione della responsabilità.

Ebbene, questo assetto è ragionevole? A me pare sostanzialmente di sì, dovendosi tuttavia segnalare un rischio di irragionevolezza rispetto alla colpa stradale dove si equiparano ipotesi basate sulla violazione di mere regole cautelari (comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.) alle ipotesi di guida in stato di ebbrezza (comma 4 degli stessi articoli). Ebbene, tale equiparazione è del tutto irragionevole per la semplice ragione che la violazione delle regole cautelari sulle sostanze alcoliche e stupefacenti altera l'esercizio dell'intera attività rendendo il rischio – per così dire – strutturalmente più elevato, cosa che invece non avviene là dove si tratta della violazione di regole cautelari "puntuali". Inoltre, l'attività di circolazione stradale comporta sempre un'auto-esposizione al pericolo, con la conseguenza che la dimensione psicologica tende ad essere del tutto refrattaria alla verifica dell'evento infausto, argomento che, se preso sul serio, dovrebbe portare addirittura a una prospettiva di attenuazione della responsabilità. Senza considerare che, realisticamente, nei sinistri stradali c'è spesso una combinazione del tutto casuale e improvvisa di circostanze oggettive difficilmente prevedibili, a cominciare dal comportamento imprudente della stessa vittima.