

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO 3
COVID 19: PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE E CIVILE
DEGLI ENTI DI GESTIONE, DELLA STRUTTURA SANITARIA E
DEL MEDICO

Alla luce dell'epidemia Covid 19 vengono affrontati i profili di responsabilità penale e civile degli enti di gestione, della struttura sanitaria e dei medici operanti all'interno delle strutture sanitarie pubbliche e private, con particolare rilievo ai reati di epidemia colposa ed omicidio colposo.

SOMMARIO: 1. Che si intende per epidemia e quali sono i più comuni profili di responsabilità? – 2. Vi è assorbimento o concorso formale tra i reati di epidemia colposa e omicidio colposo? – 3. Per la responsabilità da Covid 19 occorre la colpa lieve o la colpa grave? – 4. Come si accerta il nesso causale tra infezione e morte nel caso di pregresse patologie? – 5. Come si accerta la responsabilità penale in tema di epidemia colposa da Covid 19? – 6. Quali sono i profili di responsabilità in tema di omicidio colposo da Covid 19? – 7. Quali sono i profili di responsabilità delle strutture private? – 8. Si può configurare una responsabilità penale per colpa di organizzazione delle strutture private? – 9. Quali sono i riflessi sui danni da morte patrimoniali o aquiliani?

1. Che si intende per epidemia e quali sono i più comuni profili di responsabilità?

L'**epidemia** è una malattia che colpisce più persone e si sviluppa in maniera più o meno repentina per poi attenuarsi, dopo aver compiuto il suo corso e, dunque, caratterizzata dal verificarsi di una curva epidemiologica circoscritta ad un limitato arco temporale.

Trattasi di una malattia contagiosa che colpisce contemporaneamente gli abitanti di una città o di una regione e i cui elementi caratterizzanti sono: a) il carattere contagioso del morbo; b) la rapidità della diffusione e la durata limitata del fenomeno; c) il numero elevato delle persone colpite, tale da destare un notevole allarme sociale e correlativo pericolo per un numero indeterminato e notevole di persone; d) un'estensione territoriale di una certa ampiezza, sì che risulti interessato un territorio abbastanza vasto da meritare il nome di regione e, di conseguenza, una comunità abbastanza numerosa da meritare il nome di popolazione¹.

Il giudizio di prevedibilità dell'evento deve anche tener conto della elevata infettività e delle modalità di contagio conosciute all'epoca dei fatti.

¹ Trib. Bolzano 13/03/1979, in *Giur. mer.*, 1979, p. 945; Trib. Savona 06/02/2008, in *Riv. pen.*, 2008, 6, p. 671; Trib. Trento 16/07/2004, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1231.

I soggetti che possono essere autori del reato di epidemia dolosa o colposa devono avere, *ex lege*, poteri, anche organizzativi, idonei a scongiurare la diffusione di virus oppure deleghe di tipo tecnico-gestionale con poteri organizzativi, gestionali e di spesa.

Profili di responsabilità possono essere individuati nella gestione dell'emergenza, perché è onere della struttura assicurare all'utenza condizioni di massima sicurezza e prevedere diligentemente che l'emergenza da affrontare non sarà sicuramente nei casi concreti di entità lieve o tale da consentire tempi di attesa superiori ai minimi indispensabili.

Vanno sindacate le modalità di organizzazione delle strutture erogatrici dell'assistenza sanitaria di emergenza, ai tempi del Covid 19 a meno che non vi siano regole, sovente di rango legislativo, che ne stabiliscono le dotazioni; tuttavia anche il pieno rispetto della normativa vigente al riguardo non esime affatto da responsabilità la struttura ospedaliera se, in relazione proprio a quelle condizioni di partenza pur non ottimali, le condotte degli operatori siano valutate comunque inadeguate. Vi è, infatti, la necessità di rispettare anche le regole comuni di diligenza e prudenza se del caso anche ulteriori e diverse rispetto a quelle sull'organizzazione minima o sui requisiti di sicurezza²: e senza che tanto possa comportare un'ingerenza – tanto meno diretta – del giudice ordinario nelle scelte organizzative o di struttura³.

Trattasi di principio di valenza generale: non basta osservare le norme espressamente previste, dinanzi a regole generali e sussidiarie di obbligo di diligenza immanenti nell'ordinamento e soprattutto in ambito contrattuale; e, pertanto, non basta che una struttura ospedaliera – pubblica o meno rispetti le istruzioni o le direttive, previste dalla normativa vigente, se manifestamente insufficienti rispetto alle concrete situazioni di emergenza, per andare esente da responsabilità.

Trattandosi di responsabilità contrattuale ne deriva l'obbligo, per le strutture, sia pubbliche che private, di erogare la propria prestazione, oggetto di obbligazione contrattuale nel contratto cd. di ospedalità, con la massima diligenza e prudenza; un nosocomio, oltre ad osservare le normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, deve tenere poi in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni del paziente, soprattutto se gravi, sia pure in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, benché conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità del salvataggio del leso.

Pertanto, almeno il ritardo nella comunicazione dei decisivi dati delle tac., degli esami radiografici, degli esami di laboratorio e nell'effettivo av-

² Cfr. Cass. 19/06/2013, n. 15302; Cass. 11/11/2011, n. 23562.

³ Cass. 20/01/2010, n. 907.

vio degli interventi di intubazione, così come il ritardo nelle cure potrebbero essere individuate quali potenziali cause dell'esito letale; nel caso di mancanza o insufficienza dei posti in rianimazione occorre l'immediata richiesta presso strutture che ne fossero invece dotate, e disporre il trasferimento immediato del paziente ad altra struttura più attrezzata.

Manca tuttavia una legge scientifica di copertura del Covid 19, con i connessi aspetti dei relativi effetti sul complesso meccanismo di induzione e latenza che si riflette sugli aspetti della colpa, intesa nella duplice accezione di prevedibilità e prevenibilità.

Vanno a riguardo esaminate le varie posizioni di garanzia dei presunti responsabili in base all'esito di indagini svolte attraverso vari strumenti: autopsie, esame TC torace, esame citologico, esame immunologico, esame immunoistochimico al fine di accertare la causa delle morti.

Occorre poi verificare se i vari responsabili hanno omesso di adottare tutte le misure di sicurezza, generiche e specifiche, ed i provvedimenti tecnici, organizzativi e procedurali, necessari per contenere l'infezione, sia attiva che passiva, ad esempio, per gli organi di direzione:

1. per avere omesso di assicurarsi circa l'effettivo impiego di mezzi personali di protezione individuale, quali idonee maschere;
2. di formare ed informare il personale sanitario circa i rischi specifici derivanti dall'esposizione al Covid 19, la sua pericolosità e le misure per ovviarvi;
3. di provvedere di attivare idonee ed effettive azioni di monitoraggio e di verifica sulla operatività ed efficienza ed efficacia dell'azione di controllo sanitario del rispetto delle norme precauzionali volte ad assicurare l'osservanza della normativa sulla sicurezza e igiene del lavoro dei dipendenti.

Profili di responsabilità possono essere individuati anche nell'aver disatteso o realizzato con notevole ed ingiustificato ritardo le misure precauzionali generalmente previste dalle linee guida in tema di infezioni nosocomiali.

Sotto il profilo civilistico **dell'onere della prova** non è compito dei danneggiati provare che l'esito letale sarebbe stato comunque inevitabile, nonostante i ritardi, incombendo tale prova sulla struttura, una volta provata la condotta colposa – astrattamente idonea a comportare la morte in una situazione di partenza assai grave – ed in base alla natura contrattuale del contratto di ospitalità. È, quindi, la danneggiante struttura onerata della prova di avere erogato tutte le prestazioni idonee in relazione alla fattispecie: ricadendo, in mancanza, su di essa debitrice le conseguenze dell'assenza o dell'incompletezza della prova stessa⁴. Insomma, resta a carico del debitore convenuto – una volta riscontrato il nesso causale – l'onere di di-

⁴ Cass. 20/10/2014, n. 22222.

mostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno⁵.

Vanno, quindi, evidenziate, in primo luogo, quale esimente sotto il profilo causale, le condizioni gravi o disperate del paziente pregresse al ricovero, mentre il danneggiato, anche in via di eccezione, dovrà dare la prova delle condizioni non gravi al momento del ricovero e la possibilità di esito favorevole del decorso operatorio ove correttamente eseguite le prestazioni di cura (generalmente tale compito sarà attribuito, sia in sede penale che civile al CTU).

Al fine di andare esente da responsabilità la struttura dovrà provare l'inevitabilità dell'esito letale in relazione alla gravità delle condizioni stesse: le quali, cioè, avrebbero dovuto essere talmente disperate che nessun intervento avrebbe potuto evitarne la degenerazione fino al decesso.

Se, invece, le negligenze o imprudenze definitivamente accertate hanno potuto causare il decesso, sia pure in termini probabilistici, sotto il profilo civile e che le condizioni del paziente, in difetto di drammatici ritardi, non sarebbero affatto peggiorate fino a presentarsi come disperate e non più rimediabili al momento e nel corso dell'intervento chirurgico, sussiste responsabilità civile della struttura, mentre sotto il profilo penale occorre l'alta credibilità logica, ovverossia la quasi certezza che il ritardo o la non appropriatezza delle cure o le specifiche negligenze comportamentali abbiano cagionato l'evento.

È sufficiente sotto il profilo civilistico, la possibilità di un differimento dell'esito letale, sussistendo anche in tal caso un'incidenza causale diretta.

Diverso è il caso, in applicazione del criterio eziologico del "più probabile che non", non del ritardo nell'evoluzione negativa della situazione, comunque certa (la morte) ma della possibilità evidentemente, di un diverso esito (la guarigione), ma culminata in quello letale quale conseguenza di condotta gravemente colposa. Pertanto, accertata una potenziale incidenza causale delle negligenze o imprudenze, occorre che la struttura ospedaliera, fornendo al riguardo affidabili elementi istruttori, dia la prova che, nonostante quegli inesatti adempimenti, la morte sarebbe giunta egualmente: valutazione prognostica da riferirsi al fatto della sopravvivenza del paziente per diverse ore ed al suo aggravamento proprio nella parte finale della degenza al pronto soccorso ed in rianimazione. In mancanza di tale prova, ridonda a danno della struttura ospedaliera la situazione processuale che ne è derivata e la relativa responsabilità⁶.

⁵ Cass. 12/12/2013, n. 27855; Cass. 30/09/2014, n. 20547.

⁶ Iorio C., *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus*, in *Judicium* (Rivista On line), 2020 (12/06/2020).

I soggetti cui è possibile imputare i relativi profili di responsabilità sono gli enti di gestione, in particolare le Regioni, i Direttori generali o amministrativi delle strutture sanitarie pubbliche o private, comprese le strutture per anziani oltre ai singoli operatori sanitari (medici, infermieri, etc.).

Al reato di epidemia colposa il nuovo art. 590-*sexies* c.p. risulta comunque inapplicabile, essendo la disciplina dallo stesso prevista riferita esclusivamente ai «fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.»⁷.

La Legge Balduzzi non prevedeva una tale limitazione, *ratione materiae*, nell'art. 3, comma 1, ma, trattandosi di fatti comunque successivi al 01/04/2017, tale norma non potrà trovare applicazione in relazione ad una contestazione di epidemia colposa (artt. 438 e 452, comma 1, c.p.), quale quella conseguente al Covid 19.

Diverso è il caso se, invece, l'imputazione nei confronti dei singoli operatori sanitari sia di omicidio o lesioni colpose (artt. 589 e 590 c.p.); imputazioni in relazione alle quali potrebbe trovare applicazione la legge Gelli, ove comunque si ritenesse essere sufficiente la sola colpa lieve e l'osservanza delle buone pratiche (in mancanza di linee guida certificate e inserite nel sito del Ministero della Sanità).

Il reato di epidemia può, inoltre, configurarsi sia a titolo di **colpa generica** per imperizia, che, a titolo di **colpa specifica** per avere gestito una struttura ospedaliera contravvenendo alle linee guida o protocolli per evitare le infezioni nosocomiali e la diffusione del virus all'interno della struttura.

In tema di colpa generica, l'individuazione della regola cautelare non scritta va effettuata provvedendo, prima, a rappresentare l'evento nei suoi elementi essenziali e, poi, a formulare l'interrogativo se tale evento fosse prevedibile *ex ante* ed evitabile con il rispetto della regola in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza⁸.

L'identificazione del pericolo prevedibile ed evitabile consente di risalire alle regole prudenziali che valgono a depotenziarlo. Nel caso di eventi che si sviluppino progressivamente, come il Covid 19 il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso – necessario perché possa ritenersi integrato l'elemento soggettivo del reato sia nel caso di colpa generica che in quello

⁷ Art. 590 *sexies*: Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. «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».

⁸ Cass. pen., sez. IV, 23/05/2013, n. 36400 Ud. (dep. 05/09/2013), con nota di Zacchia A., *L'individuazione della regola cautelare non scritta in tema di colpa generica*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2110.

di colpa specifica – va compiuto non solo tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi, ma valutando, anche sulla base di leggi scientifiche, la possibilità che questi eventi si presentino in futuro con dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche. In mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi, l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l'accertamento della causalità)⁹.

La nozione giuridica di epidemia è più ristretta e circoscritta rispetto all'omologo concetto elaborato in campo scientifico in quanto il legislatore, con la locuzione «mediante la diffusione di germi patogeni» prevista nell'art. 438 c.p., ha inteso circoscrivere la punibilità alle condotte caratterizzate da determinati percorsi causali.

La giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁰, hanno infatti sottolineato che il fatto tipico previsto nell'art. 438 c.p. è modellato secondo lo schema dell'illecito causalmente orientato in quanto il legislatore ha previsto anche il percorso causale, con la conseguenza che il medesimo evento realizzato a seguito di un diverso percorso, difetta di tipicità. Pertanto l'epidemia costituisce l'evento cagionato dall'azione incriminata la quale deve estrinsecarsi secondo una precisa modalità di realizzazione, ossia mediante la propagazione volontaria o colpevole di germi patogeni. Tale interpretazione risulta esplicitata nella relazione del Guardasigilli ai lavori preparatori del codice penale in cui veniva sottolineata, a giustificazione della incriminazione e della gravità delle pene contemplate, «l'enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli...».

La materialità del delitto è costituita sia da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni che da un evento di pericolo, rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione. La norma evoca, all'evidenza, una condotta commissiva a forma vincolata apparentemente di non facile, ma non impossibile, compatibilità con il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera, ovvero a quelle la cui realizzazione prescinde dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali.

Un orientamento della Cassazione ritiene che in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in

⁹ Cass. pen., sez. IV, 11/03/2010, n. 16761 Ud. (dep. 03/05/2010).

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 26/01/2011, n. 2597, Ceriello, sia pure in un *obiter dictum*.

quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione "mediante la diffusione di germi patogeni", richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera.

Tuttavia la condotta attiva, ovverossia la diffusione di germi patogeni, può anche essere realizzata, nella sua forma colposa, anche mediante condotte omissive che sotto il profilo causale siano idonee a provocare tale diffusione con conseguente applicazione dell'art. 40, comma 2, c.p., qualora venga mosso un rimprovero a titolo di responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

Quanto al **c.d. giudizio controfattuale**, risulta comprovato che la mancata adozione delle buone pratiche o dei protocolli (ove esistenti), senza che possa essere individuata una causa di forza maggiore, costituiscono omissioni imputabili ai singoli responsabili e integrano il connotato modale diffusivo sia a forma libera che a forma vincolata, richiesto dalla fattispecie incriminatrice di cui agli artt. 438 e 452, comma 1, n. 2, c.p.

Occorre fornire, da parte dell'accusa, la prova di avere agevolato la presenza e/o diffusione di agenti patogeni batterici e virali dovendosi individuare, all'interno della struttura sanitaria, sotto profilo soggettivo, gli aspetti inerenti alla responsabilità a titolo di colpa del direttore generale o del direttore sanitario, sottolineando il dovere sui medesimi incombente, in ragione della carica e delle funzioni esercitate all'interno della struttura sanitaria, di evitare, nei limiti del possibile le infezioni batteriche, adottando tutte le misure idonee a prevenire contagi all'interno della struttura. Anche tale condotta può essere connotata da profili di colpa generica per imperizia e da profili di colpa specifica.

A fondamento del giudizio di prevedibilità dell'evento morte va valorizzata la consapevolezza, da parte dei responsabili, della gestione deficitaria dell'emergenza Coronavirus quale, ad esempio una *defaillance* nella sanificazione degli ambienti e nell'adozione delle misure di sicurezza idonee a prevenire contagi con conseguente esposizione a pericolo della salute pubblica, ricollegabile ad agenti virali.

Altro profilo di eventuale responsabilità da accertare concerne la scelta drammatica tra più pazienti che necessitavano del supporto ventilatorio¹¹.

Da una parte vi sono le indicazioni della SIAARTI (società scientifica di riferimento di anestesisti e rianimatori) e dall'altra il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Il Comitato, a differenza di quanto indicato da SIAARTI, propone quale criterio per orientare il medico, una valutazione clinica ed esclude i fattori

¹¹ Sui profili penali della "scelta tragica" in merito a quali pazienti curare in condizioni di risorse limitate. Tra appropriatezza clinica e stato di necessità Caletti G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale* (Rivista On line), 2020 (05/05/2020).

legati all'età anagrafica, il sesso, il ruolo sociale, la disabilità ecc., in quanto ritenuti eticamente inaccettabili. Per criterio clinico s'intende una valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico. Ad esempio: si preferirebbe un paziente con meno *chances* di sopravvivenza per il quale l'ingresso in terapia intensiva è vitale rispetto ad un altro che ha buone possibilità anche senza il supporto ventilatorio. Altro criterio indicato dal Comitato è quello dell'attualità del pericolo.

Gli elementi di valutazione come proposti dal Comitato sembrerebbero preferibili. Il medico che effettua una valutazione clinica e di attualità del pericolo è più rispondente al principio dell'inesigibilità della condotta alternativa.

Tuttavia, sotto il profilo penale occorre una legge incriminatrice, e non si può condannare un soggetto per avere seguito le direttive di un Comitato invece di un altro. Né può essere ravvisato un reato colposo per un comportamento comunque consapevole in quanto si tratta comunque di una scelta ponderata.

Forse sotto il profilo civilistico sarebbe più facile individuare un illecito per tali violazioni.

2. Vi è assorbimento o concorso formale tra i reati di epidemia colposa e omicidio colposo?

In tema di rapporti tra epidemia colposa e omicidio colposo occorre accertare se trovano applicazione i principi di specialità, di sussidiarietà o di assorbimento o se trattasi di concorso formale di reati.

A norma dell'art. 438 c.p. «Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo. Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena [di morte4]». L'art. 452 c.p. stabilisce che: «Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 438 e 439 c.p. è punito: 1) con la reclusione da tre a dodici anni, nei casi per i quali le dette disposizioni stabiliscono la pena [di morte5]. 2) con la reclusione da uno a cinque anni, nei casi per i quali esse stabiliscono l'ergastolo».

L'art. 452 c.p. prevede, dunque, la punibilità colposa del delitto disciplinato dall'art. 438 c.p., punibilità che, in assenza di espressa previsione legislativa, sarebbe preclusa secondo la regola generale posta dall'art. 42, comma 2, c.p.; trattasi di reato di pericolo astratto, a forma vincolata, contro l'incolumità pubblica idoneo a ledere un numero indeterminato di persone; il bene protetto è la salute pubblica.

Occorre specificare se operi il concorso formale tra il reato di epidemia colposa e omicidio colposo o uno tra i diversi principi di specialità, di sussidiarietà o di assorbimento.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX