



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

18  
2021

# QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO da

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno

"Medicina e diritto penale"

Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di

Giuseppe Losappio

LUCIA RISICATO

*Mors tua, vita mea*, morire con il covid per l'assenza di  
posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore"



EDIZIONI  
S G E

ISBN: 9788894503067



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Claudia Capozza - Adriana Schiedi - Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio\*(in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante.

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)  
Federica Monteleone, Danila Certosino,  
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
San Francesco Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy, e-mail:  
*quaderni.dipartimentojonico@uniba.it* telefono: +39 099 372382 • fax: +39 099 7340595  
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



18  
2021 QUADERNI  
DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno  
"Medicina e diritto penale"  
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di  
Giuseppe Losappio



L'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi  
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture"  
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro"

ha chiuso il volume, composto da 287 pagine, il 28 luglio 2021.

Il testo è disponibile *open source* sul sito

<http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/i-quaderni>.

I dottorandi Gianluca Ruggiero e Filomena Pisconti hanno collaborato  
all'editing dell'opera. Un ringraziamento speciale alla dott. ssa Maria Di  
Maggio. Senza il suo generoso e versatile impegno la pubblicazione non  
sarebbe stata possibile

ISBN: 978889450367

REGOLAMENTO DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN  
SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO:  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE – EDJSGE

**Art. 1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico**

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- **Collana del Dipartimento Jonico** (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione di una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- **Annali del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- **Quaderni del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei monotematici.

**Art. 2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico**

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali.

Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

**Art. 3. Direttori delle Collane**

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico che può nominare uno o più condirettori scelti tra i membri del Consiglio di Dipartimento che siano in possesso degli stessi requisiti di seguito elencati per i Direttori degli Annali e i dei Quaderni.

Il/i Direttore/i degli Annali del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

Il/i Direttore/i dei Quaderni del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

L'accesso alle cariche di Direttore degli Annali e dei Quaderni è riservato ai docenti in servizio presso il Dipartimento Jonico ed in possesso dei seguenti requisiti:

- professori ordinari in possesso delle medie ASN richieste per la partecipazione alle commissioni per le abilitazioni nazionali;

- professori associati in possesso delle mediane ASN per il ruolo di professore ordinario;
- RTI in possesso dell'abilitazione per la II o la I fascia, in possesso delle mediane ASN per partecipare alle abilitazioni per la II fascia;
- RTB in possesso di abilitazione alla II o alla I fascia.

I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta tenendo conto del *curriculum* del proponente e dei contenuti del lavoro e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referaggio.

I Direttori presiedono i lavori dei Comitati Scientifici e Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento.

I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti delle procedure di referaggio, informano sull'esito delle stesse gli autori invitandoli, ove richiesto, ad apportare modifiche/integrazioni, decidono, d'intesa con il Coordinamento, la pubblicazione o meno in caso di pareri contrastanti dei *referees*.

#### **Art. 4. Comitati scientifici**

Ogni collana ha un proprio Comitato Scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico.

Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

#### **Art. 5. Comitati Direttivi**

Ciascuna delle tre Collane ha un Comitato Direttivo formato da professori e ricercatori, afferenti al Dipartimento Jonico, in possesso, per il rispettivo settore disciplinare, delle mediane richieste dall'ASN per il ruolo successivo a quello ricoperto o, se ordinari, per la carica di commissario alle abilitazioni nazionali.

A seguito di invito del Coordinatore delle Collane del Dipartimento Jonico gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi.

I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'art. 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione nella loro Collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti.

#### **Art. 6. Comitato di Redazione**

Le tre Collane sono dotate di un Comitato di Redazione unico, composto da ricercatori, dottori di ricerca e dottorandi, afferenti al Dipartimento Jonico e individuati dai Comitati Direttivi, che, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione (professore ordinario, associato o ricercatore), nominato dal Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico, cura la fase di *editing* successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio.

#### **Art. 7. Procedura di referaggio**

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di revisione tra pari (*peer review*) con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione individuati



all'interno dei Comitati Scientifici o Direttivi, oppure, ove ritenuto necessario, all'esterno dei predetti Comitati.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei rispettivi Comitati Direttivi.

### **Art. 8. Proposta di pubblicazione**

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali> nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on-line o cartacea del lavoro.

Se il proponente è uno studioso "non strutturato" presso una università o centro di ricerca italiano o estero, la proposta di pubblicazione dovrà essere accompagnata da una lettera di presentazione del lavoro da parte di un professore ordinario della disciplina cui attiene la pubblicazione proposta. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio *curriculum vitae et studiorum* (ovvero rinviare a quello già consegnato in occasione di una precedente pubblicazione) e il file del lavoro in due formati, word e pdf.

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea, il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali.

Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>. Nel caso di non corrispondenza, o di corrispondenza parziale, il Responsabile di Redazione, coadiuvato dal Comitato di Redazione, invierà agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di *editing*.

Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà pervenire tassativamente entro la data indicata, pena la non ammissibilità della stessa.



# INDICE

## I SESSIONE:

### SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

#### RELAZIONI

<b>RICCARDO PAGANO</b> <i>Die Kehre come scelta: il tragico come opportunità.</i>	1
<b>STEFANO CERVELLERA, CARLO CUSATELLI, UMBERTO SALINAS</b> <i>L'analisi quasi-real-time della mortalità tarantina fra emergenza ambientale e covid-19.</i>	8
<b>LAURA COSTANTINO</b> <i>Le scelte tragiche nel quadro della food security. Approvvigionamento alimentare e interventi regolativi nell'epoca della pandemia.</i>	14
<b>IVAN INGRAVALLO</b> <i>Il (difficile) bilanciamento tra misure di contrasto alla pandemia da covid-19 e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.</i>	24
<b>PAMELA MARTINO</b> <i>Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law.</i>	36

PIERLUCA MASSARO	
<i>Le scelte tragiche nel prisma della tutela della salute in carcere.</i>	48
PAOLO PARDOLESI	
<i>Pandemie e scelte tragiche.</i>	65
FRANCESCO PERCHINUNNO	
<i>Scelte tragiche nell'era covid-19: la tutela del personale sanitario nel quadro dei valori costituzionali.</i>	72
MARIA BENEDETTA SAPONARO	
<i>L'insostenibile leggerezza del tragico.</i>	81
ADRIANA SCHIEDI	
<i>La dialettica tra logos/pathos: per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.</i>	92
PAOLO STEFANÌ	
<i>Diritto, religione e scelte tragiche.</i>	104
LAURA TAFARO	
<i>Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche.</i>	110
STEFANO VINCI	
<i>L'influenza spagnola e le scelte emergenziali del governo italiano.</i>	148

#### INTERVENTO PROGRAMMATO

FABRIZIO CESAREO	
<i>Principio di precauzione e gestione del rischio.</i>	170

#### II SESSIONE: SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

MAURIZIO CARBONE	
<i>Introduzione.</i>	174

## RELAZIONI

LUCIA RISICATO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.  
Profili di responsabilità del "rianimatore".*

178

GIANDOMENICO DODARO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.  
Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando  
e controllo" della sanità.*

189

MARCO SCOLETTA

*Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli  
enti sanitari.*

198

SILVIA TORDINI CAGLI

*La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace  
di consenso ma non di agire.*

212

MARIA BEATRICE MAGRO

*Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace  
di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio.*

220

GIUSEPPE LOSAPPIO

*Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini.*

258



II SESSIONE

SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE





## RELAZIONI



Lucia Risicato

MORS TUA, VITA MEA, MORIRE CON IL COVIDE PER L'ASSENZA DI POSTI LETTO. PROFILI DI RESPONSABILITA' DEL "RIANIMATORE"

ABSTRACT

La pandemia da Covid-19 ha creato un'inedita situazione planetaria di rischio colposo, in cui un virus ancora parzialmente sconosciuto s'interseca con comportamenti umani irresponsabili generando nuove regole precauzionali di condotta che hanno ridefinito il nostro stesso stile di vita. Nelle attività medico-chirurgiche si riscontra, per un verso, l'estraneità dell'art. 590 *sexies* c.p. all'emergenza coronavirus e, per l'altro, la presenza drammatica di conflitti di doveri tipici dello stato di necessità scusante. Ove il rianimatore non riuscisse a curare più pazienti egualmente bisognosi di cure non potranno entrare in gioco valutazioni utilitaristiche legate all'età del paziente, ma solo alla gravità delle sue condizioni: anche in chiave di esclusione della colpevolezza, la materia trattata non è uno "spazio libero dal diritto". Occorre quindi un'interpretazione rigorosa del requisito

The Covid-19 pandemic has created an unprecedented global situation of culpable risk, in which a partially unknown virus is intertwined with irresponsible human behavior, generating new precautionary rules that have redefined our own lifestyle. In medical surgical activities, we note on the one hand the strangeness of art. 590 *sexies* i.c.c.to the coronavirus emergency and, on the other hand, the dramatic presence of conflict of duties typical of the state of necessity. If the resuscitator doctor fails to treat more patients in need of treatment, utilitarian evaluations linked to the patient's age cannot be taken into consideration (unlike the severity of the general conditions of the patient): this matter is not "a space free from law", also in the perspective of the exclusion of *mens rea*. Therefore, a rigorous interpretation of the gravity of risk is required, so that the

dell'attualità del pericolo, di modo che la scelta non sia più tra una vita più "meritevole" e l'altra, ma tra il salvarne una o nessuna.

choice is no longer between a more "worthy" life and another, but between saving one life or none.

## PAROLE CHIAVE

Pandemia – Stato – Necessità

Pandemic – State – Need

Sommario: 1. Qualche inquietante spunto di riflessione tratto dalle cronache recenti. - 2. La pandemia come emergenza caratterizzata da un rischio strutturalmente colposo. - 3. L'estraneità dell'art. 590 sexies c.p. all'emergenza coronavirus: a) l'assenza di linee guida. - 4. Segue: b) la difficile qualificazione dell'imperizia e l'impossibile bilanciamento tra adeguatezza delle cure e caso concreto. - 5. Conflitto di doveri e stato di necessità. - 6. L'emergenza pandemica e le scelte al triage. - 7. Colpa medica ed emergenza pandemica: una nuova riforma per un settore tormentato? - 8. La vera china scivolosa e i suoi rischi

1. L'importanza cruciale del tema che stiamo trattando – che va ben oltre la responsabilità del rianimatore, riproponendo l'atroce questione degli esseri umani "di serie B" – è illustrata dalle sconcertanti cronache delle ultime settimane.

Lo scorso 24 ottobre la Svizzera sceglie di negare la rianimazione agli anziani malati di coronavirus: così dispone il documento elaborato dall'Accademia svizzera delle scienze mediche e dalla Società svizzera di medicina intensiva per le ipotesi di saturazione dei reparti di terapia intensiva causata dall'emergenza Covid. A pagina cinque del documento sono indicate le tipologie di pazienti destinati a non essere ricoverati in terapia intensiva: «età superiore a 85 anni. Età superiore a 75 anni accompagnata da almeno uno dei seguenti criteri: cirrosi epatica, insufficienza renale cronica stadio III, insufficienza cardiaca di classe NYHA superiore a 1 e sopravvivenza stimata a meno di 24 mesi». A livello A, letti in terapia intensiva disponibili ma risorse limitate, i criteri per non essere ammessi alla rianimazione sono più gravi. Tra gli altri: «arresto car con aspettativa di vita inferiore a 12 mesi, demenza grave, insufficienza cardiaca di classe NYHA IV, malattia degenerativa allo stadio finale». Si tratta, come tra poco vedremo, di uno scenario non del tutto alieno dalla drammatica realtà dei reparti di terapia intensiva italiani soprattutto durante la prima ondata di coronavirus.

Lo scorso primo novembre (data peraltro emblematica), con un *tweet* infelicissimo, il presidente della Regione Liguria Giovanni Toti commenta i decessi nella sua regione osservando che in maggior parte si trattava di anziani, «non indispensabili allo sforzo

produttivo del Paese». *Lapsus* freudiano? Si sta davvero facendo avanti, in modo carsico, l'idea che esistano soggetti "sacrificabili", "non necessari" in emergenza sanitaria? E come deve regolarsi l'anestesista rianimatore?

Nella situazione attuale, è centrale il rapporto tra il comportamento del medico e lo stato emergenziale, che, soprattutto in determinate zone del Paese, ha impedito che la macchina sanitaria statale rispondesse tempestivamente ed in modo adeguato. Si fa riferimento in particolare al concetto di "scelta tragica", che per consuetudine trova spazio in ambito medico (si pensi, ad esempio, alle situazioni in cui si sia dovuto decidere se curare X e non Y, oppure a quando si sia dovuta rifiutare l'ospedalizzazione di un soggetto non acuto per mancanza di posti, soggetto che poi, proprio in ragione di ciò, si sia successivamente acutizzato); ci si domanda, quindi, come regolarsi in presenza di una *standardizzazione* della situazione straordinaria, dove la "scelta tragica" perde il suo carattere di eccezionalità diventando regola meritevole di tipizzazione.

2. La diffusione su scala mondiale del COVID-19 ha determinato una situazione di emergenza sanitaria, reale e grave, senza precedenti<sup>1</sup>. È stato correttamente osservato, a riguardo, che in questo caso un virus s'interseca con comportamenti umani irresponsabili ma quasi sempre involontari, dando vita a un rischio strutturalmente colposo che pone problemi di gestione e "contenimento"<sup>2</sup>: si è così verificata un'inedita restrizione delle libertà fondamentali mirata a contrastare le cause stesse dell'emergenza, accompagnata in un secondo momento (c.d. fase 2) dall'adozione di rigorose regole precauzionali volte a *limitare* la propagazione di un virus che potrà essere neutralizzato solo da un vaccino (o da sue imponderabili quanto al momento improbabili mutazioni *in mitius*).

L'emergenza implica, di regola, una deroga alle garanzie: un'eccezione da rischio colposo che si è rivelata, nel caso di specie, assai più insidiosa di quella derivante da fatti dolosi di terzi. Nel caso peculiarissimo della colpa medica, tuttavia, questa emergenza implica anche una deroga alla disciplina penalistica, per dir così, "ordinaria", per assoluta eccentricità del fenomeno Sars-Cov2 rispetto all'usuale

---

<sup>1</sup> Sul rapporto tra emergenza sanitaria da Covid-19 e responsabilità penale del medico v., da ultimo, l'ampio studio monografico di A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, spec. pp. 111 e ss., 305 e ss., 402 e ss. Per quanto concerne il rapporto tra colpa e attività medica – sulla base di originali chiavi di lettura dei rapporti tra errore umano e responsabilità colposa - v. da ultimo D. Falcinelli, *Il disegno penale della colpa umana*, Pisa, 2020, 228 e ss., e C. Iagnemma, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nella gestione dell'illecito colposo*, Pisa, 2020, 128 e ss.

<sup>2</sup> Così, diffusamente, R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 4.

perimetro della responsabilità del personale sanitario. Al contempo, la pandemia ha permesso di evidenziare ben altre falle all'interno delle strutture sanitarie, legate alla responsabilità organizzativa di nosocomi e RSA.

La prima questione che denuncia l'estraneità del COVID-19 ai confini ordinari della responsabilità colposa del medico è l'irriducibilità di un fenomeno patologico straordinario, parzialmente sconosciuto e dall'andamento imponderabile entro linee guida consolidate.

3. La natura inaffidabile e caotica delle linee guida<sup>3</sup>, sospese tra direttive deontologiche, istanze di *spending review* sanitaria e migliore interesse del paziente, era nota alla giurisprudenza della Cassazione ben prima dell'entrata in vigore della legge Balduzzi: i giudici della IV Sezione penale hanno sempre ribadito, nel corso del tempo, il ruolo non tassativo e nemmeno vincolante delle linee guida, nella constatata impossibilità di irreggimentare l'*ars medica* in protocolli generali e astratti che prescindano dalle peculiarità irripetibili del caso concreto e soprattutto nella consapevole necessità di evitare pericolosi automatismi di affermazione o di esclusione della responsabilità. Fino all'entrata in vigore della l. 189/2012, poi, non era affatto chiara l'interazione tra linee guida genericamente intese e regole cautelari dell'arte medica: vero è che il richiamo espresso contenuto a tale sistema nel corpo dell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi poteva suggerire l'impressione dell'inglobamento delle linee guida tra le *discipline* di cui all'art. 43 c.p.<sup>4</sup>, ma la giurisprudenza dominante ha sempre preferito qualificarle come norme di contenuto solo *eventualmente* cautelare, utili come parametro logico per la successiva e distinta ponderazione di negligenza, imprudenza e imperizia del personale sanitario.

La legge Gelli-Bianco, col dichiarato intento di fugare il disorientamento del sanitario tra linee guida "buone" e "cattive", non distinte dalla legge 189/2012 in base alla loro fonte di provenienza, si è premurata all'art. 5 di stabilire un sistema di accreditamento formale, monitoraggio e aggiornamento delle *guidelines*, partito con grande ritardo e tuttora incompleto. Il sistema di accreditamento in questione non è esente, a sua volta, da forti riserve critiche proprio per l'irriducibile mutevolezza dell'istituto, destinato a cambiare fisionomia in rapporto a contesti di incertezza scientifica come quello che ci interessa.

---

<sup>3</sup> Per tutti, v. A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino 2012. Si veda, più di recente, la sintesi critica di L.A. Terrizzi, *Le linee guida in funzione espansiva del diritto penale: quando l'Unglück si trasforma in Unrecht*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, fasc. 7-8/2019, 107 e ss.

<sup>4</sup> In questo senso, da ultimo, pare invece orientato A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 197 e ss.

L'emergenza COVID non è ancora riconducibile, nell'attuale momento storico, a linee guida consolidate: è incerta la genesi – probabilmente zoonotica - del virus, incerto il potenziale lesivo del virus in rapporto alle risposte immunitarie individuali, incerta la correlazione tra l'aggressività della patologia respiratoria da esso generata e fattori esterni come la densità abitativa o l'inquinamento, incerta la cura (nonostante gli orizzonti incoraggianti degli anticorpi monoclonali). Incerti sono persino i tempi di "copertura" del vaccino, la sua efficacia in rapporto alle numerose varianti del virus e il monitoraggio del contagio al di fuori di generiche regole di prudenza che impongono distanze sociali e dispositivi in grado di limitare lo scambio di fluidi corporei.

Risulta soprattutto materialmente impossibile che le linee guida in materia, ancora nebule, vengano tempestivamente definite e accreditate ai sensi di legge: la diffusione di un'infezione nuova, contagiosissima e con un tasso di mortalità variabile in base all'interazione di concause ancora in parte sconosciute, si è tradotta per molti mesi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate e nella prescrizione di farmaci *off-label* pensati e sperimentati per la cura di altre patologie<sup>5</sup>. Beninteso, il Sistema Nazionale delle Linee Guida ha creato, nella sezione "buone pratiche" (sussidiarie rispetto alle linee guida), una pagina dedicata al *Corona Virus Disease*, ma la strada per l'applicazione proficua del 590 *sexies* è ancora tutta in salita<sup>6</sup> e del tutto infruttuosa rispetto alla frequente contestazione del delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. (escluso *a priori* dall'ambito applicativo dell'art. 590 *sexies*)<sup>7</sup>.

4. Anche gli altri elementi strutturali dell'art. 590 *sexies* c.p. sono inconciliabili con la contingenza sanitaria da coronavirus. Tra le qualifiche normative della colpa, l'*imperizia* è la più problematica, non solo per la sua delicata latitudine concettuale ma soprattutto per i criteri di accertamento: è una negligenza o imprudenza qualificata dal possesso di peculiari nozioni tecnico-scientifiche. Nel contesto delle attività sperimentali "incerte", è proprio la persona "qualificata" a dover ricavare ed applicare una regola cautelare non desumibile in base a criteri astratti di prevedibilità e prevenibilità dell'evento, con tutte le difficoltà che ne derivano sul piano dell'accertamento della responsabilità.

L'imperizia da inadeguata gestione del rischio preventivo e terapeutico del COVID-19 non poggia certo su consolidati riferimenti interpretativi: essa sarà individuabile solo

---

<sup>5</sup> Così efficacemente G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, fasc. 5/2020, 14.

<sup>6</sup> G. M. Caletti, *loc. ult. cit.*

<sup>7</sup> In questo senso, v. ancora diffusamente A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 111 e ss., cui si rinvia per una più dettagliata trattazione dei profili teorico-generalisti della questione.

*ex post* sulla base di dati attualmente non conoscibili e certo non conosciuti agli stessi sanitari al comparire dei primi casi acclarati. Di grande utilità potrebbe invero rivelarsi il correttivo ermeneutico della rilevanza penale dei soli casi di imperizia *grave ex art. 2236 c.c.*, proposto dalle sentenze “Tarabori”<sup>8</sup> e “Mariotti”<sup>9</sup> della Suprema Corte come criterio sistemico per la graduazione della responsabilità penale del sanitario. Esso però dovrà meglio essere valorizzato in sede di colpevolezza, per limitare la rimproverabilità di condotte oggettivamente colpose realizzate in presenza di variabili contestuali imponderabili, legate alla mutevolezza del quadro patologico e all’esiguità delle risorse disponibili: condizioni sicuramente sussumibili nel concetto di *speciale difficoltà della prestazione* di cui all’art. 2236 c.c. e dotate, per loro natura, di un ambito di estensione sensibilmente più vasto di quello – assai angolato – dell’art. 590 *sexies c.p.*

La dissociazione tra misura oggettiva e soggettiva della colpa trapela, in verità, anche nell’ultimo elemento costitutivo dell’art. 590 *sexies c.p.*: il riferimento all’adeguatezza delle cure al caso concreto si riferisce a casi in cui, in base a una valutazione *ex ante*, la scelta terapeutica appaia idonea a garantire il buon esito della cura. Sin dall’entrata in vigore della disposizione, si discute nondimeno sulla soglia di errore *tollerabile* da parte del sanitario, che ci riporta all’emergenza sanitaria in corso: in presenza di una patologia le cui manifestazioni variano in modo drammatico da individuo a individuo, in cui il quadro clinico di un paziente “stabile” precipita in poche ore fino alla ventilazione assistita e alla morte, in cui l’esiguità delle risorse sanitarie pone il rianimatore nella necessità di scegliere quale paziente ventilare, l’adeguatezza delle cure è un dato assolutamente velleitario. Non è certo un caso se uno dei problemi più tragici legati all’emergenza da COVID si giochi sul terreno scivoloso dello stato di necessità.

5. L’esplosione dell’epidemia, unitamente ai limiti di strutture sanitarie martoriata dalla *spending review*, ha posto l’angosciante problema della scelta dei pazienti da affidare alla ventilazione assistita, in base a criteri non arbitrari seppur opinabili. Sugli operatori sanitari si è così abbattuta la scelta tra chi curare e chi no<sup>10</sup>: una decisione che sovrverte

---

<sup>8</sup> Cass. Pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187 (dep. 7 giugno 2017). Tra i numerosi commenti alla pronuncia *de qua*, v. L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 e ss., e G. M. Caletti- L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. SS.UU., sent. 21 dicembre 2017 – 22 febbraio 2018, Mariotti, n. 8870.

<sup>10</sup> Le situazioni in cui la “scelta tragica” si è (im)posta sono essenzialmente di due tipi. Il primo è quello del c.d. *triage* in emergenza pandemica, ove due o più malati COVID necessitano dell’unico supporto respiratorio disponibile. Il secondo, simile ma probabilmente ancora più drammatico, riguarda invece il caso in cui non esistano supporti respiratori disponibili a fronte



il principio di autodeterminazione responsabile, chiamando invece in causa l'antico brocardo *necessitas non habet legem*<sup>11</sup>.

Solo apparentemente la materia in esame evoca il concetto, tipicamente bioetico, di "spazio libero dal diritto"<sup>12</sup>, soffermandosi invece sulla ricerca di un filo conduttore che possa guidare i medici nella scelta della vita da salvaguardare a scapito di altre. Su tale filo, come meglio vedremo tra breve, le strade della Società scientifica degli anestesisti e rianimatori (SIAARTI) e quella del Comitato nazionale di bioetica paiono divergenti: la prima, nelle proprie raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e alla loro sospensione, fornisce indicazioni fondate su dati il più possibile oggettivi per limitare l'arbitrarietà delle scelte del sanitario; il secondo, invece, propone un criterio clinico temperato dalla necessità di disporre adeguatamente delle risorse disponibili. Ogni ulteriore elemento discriminante (età, sesso, condizioni generali di salute) è sì ritenuto eticamente inaccettabile, ma rischia fatalmente – in special modo l'età – di essere "recuperato" nella valutazione delle chances di salvezza del singolo paziente.

Ora, ferma restando la possibilità teorica, per il sanitario, di rispondere di un eventuale eccesso colposo nel caso in cui il bilanciamento tra bene salvato e sacrificato sia stato fondato su valutazioni eccentriche<sup>13</sup>, pare evidente che il perimetro di applicabilità dell'art. 54 c.p. coincida con la sua – limitata ma indiscutibile – dimensione scusante, legata ad una *costrizione* fondata sull'*inevitabilità* del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell'azione necessitata su un terzo innocente. Vero è che tra le cause di giustificazione l'art. 54 c.p., per la sua "amoralità" di fondo, è la norma che più si avvicina alla creazione di uno spazio libero dal diritto,

---

di uno o più malati in sopravvenute condizioni critiche. In questa peculiare ipotesi, assistere uno o più tra i nuovi malati impone la scelta di staccare dal ventilatore persone con limitate chances di sopravvivenza (anziani, immunodepressi, etc.). Sulla questione v. ancora G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., 7 e s.

<sup>11</sup> Per tutti, A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963; E. Mezzetti, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, e F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

<sup>12</sup> In argomento, tra gli altri, M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 903 e ss., e A. Vallini, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, 208 e ss.

<sup>13</sup> Sul punto v. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 4, 12 e ss., e M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legislazione Penale*, n.6/2020.

ma la scelta che i medici sono chiamati a compiere non è e non può essere mai priva di conseguenze: né per il medico, né per la struttura sanitaria.

6. Le scelte emergenziali del medico in emergenza pandemica rientrano, per molti aspetti, tra i casi “classici” di conflitto di doveri, la cui soluzione è legata per un verso al rango dei beni in conflitto e, per l’altro, alla ragionevole considerazione dell’entità del pericolo che li minaccia. L’arrivo in pronto soccorso di pazienti che necessitino di presidi respiratori insufficienti ha implicato che solo parte dei malati gravi abbia ricevuto il supporto respiratorio indispensabile per sopravvivere<sup>14</sup>. Nelle aree geografiche più colpite dall’epidemia, il *triage* del pronto soccorso non ha solo definito la gerarchia temporale degli interventi sanitari, ma il confine stesso tra vita e morte. Nella medicina delle catastrofi, l’autodeterminazione del paziente cede il passo alle logiche della comunità, con il medico come unico arbitro.

Il problema è che i beni in gioco hanno lo stesso valore, e che la loro “sacrificabilità” dipende da una valutazione probabilistica delle *chances* di guarigione: ciò sia nel caso in cui esistano diversi pazienti tutti bisognosi dell’unico ventilatore disponibile, sia nella differente ipotesi in cui il ventilatore – in astratto indisponibile – debba essere “sottratto” ad altro paziente intubato in condizioni disperate. La SIAARTI ha, di recente, prospettato – in linea con quanto avvenuto in altri Paesi europei<sup>15</sup> - l’esigenza di porre un limite di età agli ingressi in terapia intensiva, precisando che non si tratterebbe di una scelta assiologica ma della mera necessità di assicurare le risorse disponibili a chi può avere più anni davanti a sé. Il Comitato Nazionale di Bioetica ha invece raccomandato l’utilizzo del criterio *clinico* come più adeguato punto di riferimento per l’allocazione delle risorse<sup>16</sup>, riportando il tema nei confini “classici” dello stato di necessità.

Merita poi di essere qui ricordata la posizione di chi ha sostenuto che, «nel fuoco dei doveri confliggenti, per l’ordinamento risulta in definitiva più importante il rispetto del divieto di ledere una posizione di diritto fondamentale del cittadino – quale quella discendente dall’art. 32 Cost. – rispetto all’inadempimento dell’obbligo di soccorrere chi tale soccorso rifiuti»<sup>17</sup>. Primo criterio per tentare di risolvere l’*impasse* in esame è

---

<sup>14</sup> In argomento, cfr. soprattutto le interessanti considerazioni critiche di G. M. Caletti, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2020, 616 e ss.

<sup>15</sup> *Supra*, § 1.

<sup>16</sup> Si veda, in special modo, CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, in [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it), 9 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff.S tefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d’Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino.

<sup>17</sup> F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 528.

dunque quello della tutela prioritaria del diritto alla salute non solo nei casi in cui il paziente non abbia avuto il tempo materiale di prestare il proprio consenso, ma anche nel caso in cui questi rifiuti terapie salvavita (si pensi alla sconcertante ma non infrequente ipotesi del paziente “negazionista”)<sup>18</sup>. Non c’è tuttavia dubbio che, nel conflitto tra due pazienti in gravi difficoltà respiratorie, il soccorso al “consenziente” abbia priorità su quello al “dissenziante”.

L’unica ipotesi davvero problematica, davanti alla quale il diritto non riesce a formulare alternative o criteri gradualisti e univoci di soluzione, riguarda il caso da cui siamo partiti, in cui sia la struttura sanitaria non riesca a curare pazienti nelle medesime condizioni e urgentemente bisognosi di cure. Occorre ricordare che la dottrina prevalente ritiene tuttora inammissibile un giudizio di proporzionalità che abbia ad oggetto la vita umana, in considerazione del suo valore incomparabile con qualsiasi altro bene neanche nell’ambito della più “immorale” delle cause di giustificazione<sup>19</sup>. Il rischio di decidere in base a parametri extragiuridici è qui nei fatti, per nulla rassicurante (come, del resto, la previsione – assai facile – di un ennesimo intervento di supplenza della magistratura in assenza di disposizioni legislative *ad hoc*). Anche nella sua dimensione scusante, lo stato di necessità dovrà fondarsi su un’interpretazione rigorosa del requisito dell’attualità del pericolo, legata alla «pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene staccato dal respiratore, di modo che la scelta non sia più tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna»<sup>20</sup>.

7. La pandemia da COVID-19 ha letteralmente messo in ginocchio il nostro disastrato sistema sanitario nazionale. Il personale sanitario, già a ranghi ridotti, è stato costretto a turni di lavoro massacranti esponendosi al rischio di contrarre il virus e rimanendone spesso vittima. Carenti le condizioni minime di igiene e sicurezza, i protocolli e i limitati presidi anti-contagio. La drammatica assenza di posti letto s’innesta in un contesto che continua a vedere un numero elevatissimo di decessi nonostante il monitoraggio dei contagi e le perduranti restrizioni alla libertà personale.

In prospettiva, occorrerà per un verso evitare la creazione di comodi quanto imbarazzanti capri espiatori e, per l’altro, assicurare un approccio rispettoso delle istanze da tempo evidenziate dalla migliore dottrina: colpevolizzare l’attività medica in modo ipertrofico incentiva la prassi della medicina difensiva, e in questo senso serve a poco la creazione di cause di non punibilità dall’ambito di applicazione ossimorico o addirittura – come nel caso di specie – eccentrico.

---

<sup>18</sup> In tal senso, richiamando la nota sentenza SS.UU. “Giulini” del 2008, A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 312.

<sup>19</sup> V. tra gli altri, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015, 44 e ss.

<sup>20</sup> Così, efficacemente, G. M. Caletti, *Il triage in emergenza pandemica*, cit., 619.

Siamo di fronte a una situazione talmente grave da determinare un complesso di rischi non gestibili neanche attraverso la massima diligenza esigibile<sup>21</sup>. E tuttavia la ventilata creazione di “scudi” per assicurare l’impunità da COVID ai sanitari non può che lasciare perplessi, specie considerata la parallela necessità di non obliare la tutela anche penale della vita e della salute dei pazienti. In prospettiva *de iure condendo*, come ribadito da tempo, la soluzione più affidabile è quella di limitare la responsabilità per negligenza, imprudenza e imperizia del sanitario ai soli casi di colpa *grave*. Verso questa soluzione convergono, da un lato, la recente rivalutazione del ruolo sistemico svolto dall’art. 2236 c.c. anche nel quadro anomalo dell’art. 590 *sexies* c.p. e, dall’altro, la tendenza della giurisprudenza a valorizzare il *grado* della colpa di cui all’art. 133 c.p. per dare corpo a un concetto per troppo tempo ritenuto velleitario o inafferrabile. La selezione del grado della colpa è uno strumento efficacemente collaudato, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari, ma resterà poca cosa se non sarà accompagnato da una nuova idea corale della responsabilità medica come responsabilità da rischio lecito e, soprattutto, da una rivalutazione assiologica e finanziaria della sanità come ganglio cruciale del *welfare*.

8. Da quanto abbiamo appena accennato emerge una potenziale *slippery slope* dagli effetti devastanti, ben diversa da quella in astratto prospettabile nel diverso territorio dell’aiuto al suicidio di soggetti affetti da malattia irreversibile. Decenni di scellerata *spending review* sanitaria pongono i medici e le strutture sanitarie nella terribile condizione di dover scegliere, in casi estremi, chi salvare e chi sacrificare. Il *milieu* culturale prevalente sembra orientato verso la tutela dei giovani e forti a danno di anziani e malati. Il resto lo fa la sperequazione economica: nel mondo le morti da coronavirus aumentano esponenzialmente tra i più poveri, tra gli esclusi dalle cure sanitarie per censo prima ancora che per età. Il pensiero corre, pur nella diversità delle situazioni, al terribile libello di Karl Binding e Alfred Hoche sull’annientamento delle vite “prive di valore”<sup>22</sup>, che fu il prodromo di ben altro tipo di selezione eugenetica.

Il pericolo – non da poco - è quello che la malattia esaspera, per un verso, scelte politiche ed economiche errate solleticando, per altro, antiche tentazioni di genere completamente diverso. Certo è che il medico non può e non deve diventare strumento di questo ingranaggio perverso: non può essere colpevolizzato o demonizzato, ma non può nemmeno essere assolto da ogni tipo di responsabilità. Il problema, prima ancora che giuridico, è culturale e politico: spetta allo Stato, come ribadito dalla Cedu<sup>23</sup>, il compito di evitare lo iato tra il diritto – fondamentale e irrinunciabile – alle cure e la

---

<sup>21</sup> A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 323.

<sup>22</sup> K. Binding, A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

<sup>23</sup> Per tutte, Grande Camera, sentenza *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, 19 dicembre 2017.

mercificazione dei servizi sanitari. L'unico rischio inaccettabile, in questo contesto, è la degenerazione quantitativa e qualitativa delle cure per i soggetti più deboli. Questo rischio dovrebbe essere neutralizzato da noi tutti, a cominciare dai medici.