

**GIUSTIZIA RIPARATIVA E PANDEMIA.
SPUNTI DI RIFLESSIONE CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO AL CONTENZIOSO IN AMBITO SANITARIO**

di Elena Mattevi

(Ricercatrice RTD-A di diritto penale nell'Università degli Studi di Trento)

SOMMARIO: 1. La giustizia riparativa come risposta ai bisogni dei protagonisti del reato e del sistema penale. – 2. Pandemia e responsabilità penale dei sanitari impegnati nella gestione dell'emergenza Covid-19. – 3. Esercenti le professioni sanitarie ed esenzione da responsabilità penale nell'emergenza: tra strumenti normativi esistenti e nuove riforme. – 4. Il fenomeno delle aggressioni al personale sanitario e la riforma del 2020. – 5. La giustizia riparativa come possibile risposta al contenzioso penale in ambito sanitario.

1. Tra i tanti bisogni che la pandemia ha fatto emergere, alcuni riguardano da vicino il mondo della giustizia penale. Dato che il momento che viviamo sembra favorevole per imprimere al sistema italiano una svolta “riparativa”, è particolarmente importante evidenziare come la *restorative justice* possa contribuire a dare anche ad essi una risposta credibile.

La giustizia riparativa è nata – o, secondo molti, è stata riscoperta¹ – come un modello alternativo di giustizia, che muove dal superamento della logica del castigo per proporre un'interpretazione relazionale del conflitto connesso al reato, allo scopo di promuovere la riconciliazione tra il reo e la vittima e di riparare consensualmente

¹ In molti studi, anche se spesso sommariamente, questo modello di giustizia è stato valorizzato e reso più credibile evidenziandone le sue “radici antiche”. Si tratta infatti di un paradigma che può presentare alcuni profili di affinità con modelli di penalità premoderni, nell'ambito tuttavia di un contesto assai mutato: E. Mclaughlin, R. Fergusson, G. Hughes, L. Westmarland, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in *Restorative Justice. Critical Issues*, a cura di Id., London, Thousand Oaks, New Dehli 2003, 2; nonché L. Walgrave, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, a cura di S.G. Shoham, O. Beck, M. Kett, Boca Raton, London, New York 2008, 616. U. Gatti, M.I. Marugo, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Tutela della vittima e mediazione penale*, a cura di G. Ponti, Milano 1995, 87, ricordano il Codice di Hammurabi (1700 A.C.), che prevedeva la restituzione per alcuni reati contro la proprietà. Cfr. altresì, per il contesto italiano, M. Sbriccoli, *Giustizia criminale (2002)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, di Id., Milano 2009, 5 ss. Per una recente rilettura critica dei rapporti tra giustizia riparativa e antiche forme di giustizia negoziata, alla luce dell'affermazione dei diritti umani, cfr. tuttavia il ricco saggio di G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.6.2021.

le conseguenze dell'offesa arrecata. È nata per rispondere a delle esigenze, a dei bisogni; in prima battuta, potremmo ricordare, ai bisogni espressi dalle vittime.

Come evidenzia anche Zehr, infatti, se con il Tardo Medioevo si verifica una progressiva ascesa del paradigma della *State justice*, con la fine del XVIII secolo, in Occidente, lo Stato è giunto a formulare una pretesa radicale di monopolio della giustizia penale². Nel diritto penale moderno lo Stato si è assunto il compito di tutelare gli interessi di chi ha subito il reato, marginalizzando la vittima “in carne ed ossa” e le sue istanze di vendetta privata³.

La vittima-persona offesa, ridotta a soggetto da compiacere attraverso il male della sanzione, si trova spogliata della sua centralità nel meccanismo repressivo e si muove alla cerca di un nuovo ruolo nel sistema⁴.

Ecco perché al fenomeno della valorizzazione della *restorative justice* nella seconda metà del secolo scorso fa da sfondo il senso di impotenza delle vittime di reato, che chiedono a gran voce di essere ascoltate, riconosciute, e che trovano solo con fatica nuovi spazi per la tutela dei propri diritti nelle maglie della giustizia penale tradizionale⁵, anche grazie, almeno in un primo momento, al contributo fondamentale svolto dalla vittimologia⁶.

Se diamo uno sguardo ad altri bisogni ai quali la giustizia riparativa è chiamata a dare una risposta, e ci occupiamo dell'autore del reato, non dobbiamo dimenticare la crisi di credibilità in cui versa il sistema sanzionatorio classico, sia sul piano dell'effettività della pena, sia su quello della sua adeguatezza rispetto agli scopi che la legittimano. Una riparazione dell'offesa arrecata con il reato che sia coerente con le istanze della giustizia riparativa, e che quindi sappia riscoprire l'importanza della dimensione relazionale del conflitto e, assumendo una valenza anche simbolica, sia volta al riconoscimento della persona-vittima di reato e della sua dignità, arricchisce il

² H. Zehr, *Changing Lenses*, Scottsdale (Pennsylvania)-Waterloo (Ontario) 1990, 111 ss.

³ G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 254; S. Vezzadini, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna 2006, 16 s. Si assiste al fenomeno che è stato definito come sottrazione o espropriazione del conflitto da parte dello Stato ed indagato in chiave critica soprattutto grazie agli *input* dell'antropologia giuridica e dell'abolizionismo penale, che non a caso, hanno favorito l'emersione del paradigma riparativo: N. Christie, *Conflicts as Property* (1977), in *Restorative Justice. Critical Concepts in Criminology*, edited by C. Hoyle, London & New York 2010, 19 ss.

⁴ L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in *RIDPP* 2013, 1763.

⁵ C.E. Paliero, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *RIDPP* 1992, 542, occupandosi della riforma del sistema sanzionatorio: «Di questi bisogni di tutela delle vittime (reali e potenziali) della criminalità, per quanto (anche) irrazionali possano essere un legislatore razionale non può non farsi carico».

⁶ Il termine “vittimologia” è stato utilizzato per la prima volta da F. Wertham, *The Show of Violence*, New York 1948, 259: «The murder victim is the forgotten man. What with sensational discussions on the abnormal psychology of the murderer, we have failed to emphasize the unprotectedness of the victim and the complacency of the authorities. One cannot understand the psychology of the murderer if one does not understand the sociology of his victim. What we need is a science of victimology». Cfr. S. Vezzadini, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 32 ss. Cfr., altresì, per l'influenza della vittimologia sulla scienza penale, con riferimento, ad esempio, al tema del risarcimento del danno: A. Manna, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *CrD* 2001, 382.

quadro delle risposte possibili al fatto penalmente rilevante a cui l'ordinamento può dare rilievo⁷, perché, senza dimenticare la vittima che voglia essere coinvolta, può essere in grado di attestare l'avvenuta responsabilizzazione dell'autore rispetto all'illecito: a determinate condizioni, in presenza di fatti di gravità medio-bassa, può consentire di rinunciare alla sanzione e agevolare una rapida uscita dal procedimento penale, o, di fronte a reati più gravi, quanto meno di incidere in misura significativa sulla sua severità⁸.

Dopo anni di sperimentazioni della giustizia riparativa in un contesto, quello nostrano, che, nonostante le indicazioni sovranazionali, non è tuttavia riuscito ad offrirne una disciplina organica, anche il nostro ordinamento pare pronto ad accoglierla con una riforma sistematica, riconoscendone i meriti.

Grazie al contributo offerto dalla Commissione Lattanzi, istituita con d.m. 16.3.2021 proprio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale ispirate a criteri di "efficienza ed efficacia processuale"⁹, che ha concluso i suoi lavori il 24 maggio 2021¹⁰, una grande attenzione è stata rivolta al tema della *restorative justice*. Nelle linee programmatiche della Ministra Cartabia, del resto, era stato precisato che «il tempo è ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell'ordinamento in forma sperimentale che stanno mostrando esiti fecondi per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell'intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l'illecito ha originato»¹¹. Nella stessa direzione si è mosso il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati in data 3 agosto 2021 con il nuovo titolo "Delega al Governo per l'efficienza del processo

⁷ Sul punto, anche se in chiave di sensibile riduzione della pena, più che di rinuncia alla stessa, merita una specifica menzione la proposta di Donini sul "delitto riparato": M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *QuestG*, 29.10.2020; Id., *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DirPenCont* 2015, 2, 235 ss.; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *AA.VV., Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino 2011, 889 ss.

⁸ Sul punto sia consentito rinviare, per un'analisi più approfondita che comprenda anche i profili definatori, a E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli 2017, 45 ss.

⁹ Come precisato, da ultimo, nel decreto istitutivo della Commissione creata dal Ministro della Giustizia Cartabia per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato (d.m. 16.3.2021), tra i compiti della Commissione è stato indicato quello di stendere «un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza ed efficacia al processo penale».

¹⁰ Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello (d'ora in poi Commissione Lattanzi), *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf. Tra i primi commenti, con specifico riferimento al tema della giustizia riparativa, cfr. V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.2021.

¹¹ Paragrafo 4.5. della *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*.

penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”, e quindi trasmesso al Senato, che è il risultato degli emendamenti che hanno condiviso alcune delle ipotesi elaborate dalla Commissione (A.C. 2435; A.S. 2353)¹².

La riforma si inserisce nell’ambito di una più ampia prospettiva di superamento di una “finalità cieca di retribuzione obbligatoria” e di una “mitica obbligatorietà indifferenziata”, guardando, sempre con maggior apertura, a soluzioni trasparenti ma più flessibili, con una “disciplina di raccordo fra il diritto penale e il processo”¹³. La gestione della crisi aperta dalla pandemia ha reso ormai improcrastinabile un intervento normativo che si muova in questa direzione, valorizzando per esempio il ruolo delle cause estintive del reato¹⁴.

Come il legislatore pare evidenziare, però, il contributo della giustizia riparativa può essere particolarmente importante anche in tale perimetro, se consideriamo che gli strumenti riparativamente orientati sono capaci di contribuire a dare un contenuto “sostanziale” ad una scelta deflattiva o di contenimento della misura della sanzione, alla luce di criteri di valore riconducibili con coerenza alle funzioni proprie della pena¹⁵.

¹² Il disegno di legge è stato trasmesso al Senato per l’approvazione (A.S. 2353). Per una prima lettura del disegno di legge cfr. il Dossier del Servizio Studi di Camera e Senato del 31 luglio 2021 in <https://www.camera.it/leg18/126?tab=6&leg=18&idDocumento=2435&sede=&tipo=>; G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.8.2021; F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8.9.2021.

¹³ M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 259. G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *FI* 2000, V, 142, parla di «concezione realistica – e non mitica o ipocrita» dell’obbligatorietà dell’azione penale. Sul punto, cfr. i contributi contenuti in AA.VV., *L’obbligatorietà dell’azione penale*, Milano 2021, a partire dal quello di M. Chiavario, *Obbligatorietà dell’azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, *ivi*, 9 ss., che, pur evidenziando la funzione positiva dell’art. 112 Cost., sottolinea come vi siano diverse ragioni che lo hanno fatto sempre più rifuggire da un’impostazione manichea.

¹⁴ La messa alla prova, per esempio, pare destinata ad un ampliamento dei suoi presupposti applicativi: in questa direzione si è mossa sia la Commissione Lattanzi sia, coerentemente, anche se per reati puniti con un limite di pena massima più basso (non superiore nel massimo a sei e non più a 10 anni), il Governo e poi la Camera dei deputati con il disegno di legge approvato in data 3 agosto 2021 (A.C. 2435), prevedendo che nell’esercizio della delega sia esteso l’ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato «oltre ai casi previsti dall’articolo 550, comma 2, del codice di procedura penale, a ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell’autore, compatibili con l’istituto» (art. 1 co. 22). Tra i criteri si prevede altresì che la richiesta di messa alla prova dell’imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero.

¹⁵ Nelle Proposte contenute nel par. 4.5 della Relazione finale della Commissione Lattanzi si ritiene fondamentale «agevolare la gestione a livello processuale degli esiti dei percorsi *restorative*», sollecitando la cura dell’innesto della giustizia riparativa a livello normativo, anche nell’ambito delle cause estintive, oltre che nell’art. 131-bis Cp, nell’art. 34 d.lgs. 274/2000, nel perdono giudiziale, nella sospensione condizionale della pena e nella commisurazione della pena, per quanto riguarda la fase cognitiva. Il disegno di legge, nel testo approvato alla Camera (A.C. 2435), si volge nella stessa direzione, ma con una formulazione più sintetica e attenta ad evitare che un esito di non fattibilità o negativo produca effetti pregiudizievoli per le parti: «e) prevedere che l’esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; prevedere che l’impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima del reato o dell’autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva» (art. 1 co. 18). Nel disegno riformatore, l’art. 131-bis Cp – che esclude la punibilità – è chiamato a dare finalmente rilievo anche “alla condotta susseguente al reato” (art. 1 co. 21 d.d.l. A.C. 2435). A tale riguardo, è interessante rilevare come anche se, a rigore, dal “fatto bagatellare” esula “la spontanea restaurazione, o la minimizzazione *ex post* del

La legge delega ipotizzata dalla Commissione Lattanzi prevedeva l'inserimento di un articolo molto ricco (art. 9-*quinquies*) dedicato alla «disciplina organica della giustizia riparativa»¹⁶, intesa come complementare al sistema penale e chiamata ad «'insinuarsi' nelle trame dei procedimenti»¹⁷.

Nello stesso senso, l'art. 1 co. 18 del disegno di legge in corso di approvazione (A.C. 2435) mira all'introduzione di una normativa che disciplini – oltre al punto fondamentale della formazione dei mediatori e delle strutture pubbliche chiamate ad erogare i servizi (lett. f e g) – la sua nozione, i principali programmi, i criteri di accesso, le garanzie, le persone legittimate a partecipare, le modalità di svolgimento dei programmi e la valutazione dei suoi esiti, nella duplice prospettiva che è l'essenza stessa della giustizia riparativa: l'interesse della vittima e dell'autore del reato (lett. a).

Tra i principi e i criteri direttivi della delega è inclusa poi «la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena» (art. 1 co. 18 lett. c), anche se un limite all'operatività del modello si coglie nella necessità che l'invio ai servizi di giustizia riparativa sia rimesso all'iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, che deve sempre valutarne l'utilità alla luce dei criteri di accesso che dovranno essere definiti¹⁸; in ottemperanza alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8 (par. 19 App.), sarebbe opportuno infatti che alle parti non fosse precluso del tutto anche un ricorso autonomo ai servizi¹⁹.

bene lesa da parte dell'autore" (C.E. Paliero, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 750), una valorizzazione *ex post* di condotte realmente restauratrici sia tuttavia altamente raccomandabile, sia dal punto di vista vittimologico che della teoria dei fini della pena. Non mancano, infatti, opinioni volte a sottolineare come le condotte riparatorie possano giocare un ruolo importante anche in questo contesto: esse fanno ritenere scarsamente apprezzabili le esigenze sottese all'applicazione della pena. Cfr. L. Parlato, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo 2012, 467; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, 317 (in tema di art. 34 d.lgs. 274/2000); G. Mannozi, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, Torino 2002, 144; G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 92 s.

¹⁶ Cfr. Proposte contenute nel par. 4.5 della Relazione finale della Commissione Lattanzi (nuovo art. 9-*quinquies* d.d.l. A.C. 2435), cit.

¹⁷ G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, cit., 11.

¹⁸ Il nuovo art. 1 co. 18 sulla *Giustizia riparativa*, nella versione approvata dalla Camera dei deputati (A.C. 2435), alla lett. c, è così formulato: «prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a)». Il vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria potrebbe rappresentare un ostacolo all'accesso se non si diffonderà nella magistratura una più ampia sensibilità e fiducia nella giustizia riparativa e comunque, anche a prescindere da questo, qualora l'indagato, che voglia accedere direttamente al programma, tema che la richiesta di invio, rivolta all'autorità giudiziaria, possa essere da questa interpretata come un riconoscimento della sua "non estraneità" alla vicenda penale.

¹⁹ Il vaglio preliminare dell'autorità giudiziaria si giustifica per i procedimenti più delicati per le vittime, come quelli contemplati dalla Convenzione di Istanbul del 2011 sulla violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica. Per le altre ipotesi si dovrebbe garantire un accesso diretto ai servizi da parte degli interessati, in ottemperanza a quanto previsto

La valorizzazione della *restorative justice* nella fase esecutiva ci sembra particolarmente importante. La drammatica rapidità con cui il contagio si è diffuso in carcere, a fronte dell'impossibilità di attuare le misure idonee ad arginarlo (distanze, sanificazione), ha fatto emergere nuove buone ragioni per affrontare - anche con l'aiuto di strumenti riconducibili alla giustizia riparativa, il cui esito positivo può essere utilmente valutato in questa fase - la questione del sovraffollamento e delle condizioni di vita nei luoghi di detenzione²⁰.

La giustizia riparativa ha una grande capacità di adattamento al sistema ed è pienamente condivisibile la scelta del legislatore di prevedere nella delega che l'accesso avvenga senza «preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità» (art. 1 co. 18 lett. c).

Proprio per la peculiarità di questo modello, che si fonda «su dinamiche qualitative di ascolto attento e attivo, di empatia, di riconoscimento dell'umanità e della dignità dell'altro, di riparazione simbolica prima ancora che materiale»²¹, ci sembra tuttavia importante soffermarci in questa sede sulle potenzialità della giustizia riparativa in un particolare settore di contenzioso, quello sanitario, che seppur da anni al centro delle riflessioni della dottrina e degli sforzi riformatori del legislatore, ha assunto caratteri particolarmente delicati nel periodo della pandemia. Abbiamo assistito di recente ad interventi normativi di limitazione della responsabilità penale del personale sanitario e, anche sull'onda di una riconosciuta centralità delle figure professionali maggiormente impegnate nell'emergenza pandemica, all'elaborazione di una nuova disciplina penale di contrasto al fenomeno delle aggressioni a medici ed infermieri, ma, proprio per la natura del conflitto che caratterizza questi contesti, le risposte tradizionali rischiano di essere inadeguate se non si accompagnano a momenti di dialogo e di riparazione, che coinvolgano direttamente le persone interessate.

dal par. 19 App. CM/Rec(2018)8: «I servizi di giustizia riparativa dovrebbero essere disponibili in ogni fase del procedimento penale. Alle vittime e agli autori dell'illecito dovrebbero essere fornite, da parte delle autorità competenti e dei professionisti legali, informazioni sufficienti per decidere se desiderino o meno partecipare. Le autorità giudiziarie o le agenzie della giustizia penale possono ricorrere a tali servizi in ogni momento del procedimento penale; ciò non preclude la possibilità di ricorrere autonomamente a un servizio di giustizia riparativa».

²⁰ Cfr. G. Giostra, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in www.sistemapenale.it, 22.3.2020; Rapporto Associazione Antigone, *Il carcere alla prova della fase 2*, 10.8.2020; *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, in www.sistemapenale.it, 23.3.2020; E. Santoro, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4.5.2020. D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 1.4.2020, ricorda come, forti dell'insegnamento di Keynes, non si debba lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata. Egli evidenzia come l'emergenza sanitaria abbia acuitizzato i problemi della situazione carceraria. Lo scarto tra la realtà del carcere e un livello adeguato di rispetto della dignità personale dei detenuti è troppo alto. Sul punto, cfr. anche L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2021, 20 ss., per una valorizzazione degli orientamenti della *restorative justice* al fine di definire modalità sanzionatorie ricostruite come progetto.

²¹ G. Mannozi, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, in *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione (Atti del Convegno Università degli Studi di Genova, 12 aprile 2019)*, a cura di F. Consulich, M. Miraglia, A. Peccioli, Torino 2020, 39.

2. Nelle inquietudini che hanno caratterizzato ed ancora caratterizzano questo tempo si possono cogliere, «drammaticamente amplificati, i temi fondamentali della convivenza civile»²².

Di fronte al numero di decessi legati al Covid-19 e alle denunce presentate soprattutto dai congiunti a seguito del trattamento ricevuto dai malati nelle strutture sanitarie, è parso subito centrale il tema della possibile responsabilità penale di coloro che, privi addirittura dei presidi adeguati almeno nella fase della più violenta sofferenza epidemiologica, in un momento di grande fragilità emotiva sono stati e sono impegnati da vicino nella salvaguardia della salute: i medici e gli infermieri²³.

Del resto, come autorevolmente ricordato, è proprio per placare l'ansia derivante dalla paura del male, che l'uomo «ha fatto sempre ricorso al meccanismo dell'imputazione del male a un soggetto "responsabile"»²⁴ e il nostro tempo non fa eccezione.

La crisi pandemica può diventare così un'occasione di riflessione anche in questo campo dove, sul piano più generale, si prospettano questioni di rilievo centrale, che riguardano la stessa tenuta del Servizio Sanitario Nazionale, bene irrinunciabile per la salute dei singoli e della collettività, e l'esigenza di valorizzarne i caratteri di uguaglianza e universalità²⁵.

Sebbene il numero delle persone coinvolte nella gestione dell'emergenza sanitaria e quindi esposte al rischio penale sia elevato, la materia della "colpa medica" rappresenta un terreno di studio privilegiato, in chiave di riforma. Il dibattito in materia, già molto vivo prima della pandemia, si è arricchito della necessità di tener conto – finalmente in misura decisiva – delle criticità insite negli attuali assetti di disciplina e del dato scientifico-fenomenologico che viene proprio dalla scienza medica. Il Covid-19, caratterizzato in modo limpido da evidenze scientifiche limitate ma in continuo divenire, ha esposto la classe medica a nuove difficoltà.

È noto come gli ultimi decenni, con riferimento al rapporto medico-paziente, siano caratterizzati dal passaggio da un modello paternalistico, contraddistinto dalla

²² C. Rizzo, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *AP* 2021, 1, 1.

²³ Cfr., G. Losappio, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2020, 3; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, *DPP* 2020, 7, 887.

²⁴ F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *www.sistemapenale.it*, 26.4.2020, par. 1.

²⁵ Come evidenziato da C. Ciardo, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: Il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)* 2020, 1, 233, «nel periodo successivo alla crisi economica del 2008 è stato attuato un progressivo definanziamento del Servizio Sanitario attraverso un aumento annuo del budget destinato al SSN ben più contenuto sia rispetto a quello previsto negli anni precedenti, sia rispetto alle reali necessità della sanità italiana. A conferma di quanto esposto si evidenzia che nel periodo tra il 2009 ed il 2014 la spesa sanitaria pubblica ha fatto registrare un incremento annuo dello 0,7%, mentre nel quinquennio precedente (2003 – 2008) la crescita si era attestata sulla percentuale del 6%». Cfr. anche S. Garattini, *Riflessioni sul post-pandemia da Sars Cov-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)* 2020, 1, 775 ss.

prevalenza del medico sia sul piano cognitivo che su quello decisionale, ad un modello individualistico, che pone al centro il paziente e i suoi diritti, anche in virtù della postulata condivisione delle scelte terapeutiche. A questa trasformazione si è associata una crescente conflittualità: si registra un notevole aumento di cause per negligenza medica²⁶.

I pazienti e i loro familiari, concependo le prestazioni mediche come prestazioni sostanzialmente “contrattuali”, le contestano quanto ad esattezza dell’adempimento, al pari di quello che ordinariamente avviene in presenza di accordi a contenuto meramente patrimoniale²⁷.

È pur vero che, quando la tutela viene richiesta in sede penale, le condanne non sono molte rispetto al numero delle indagini avviate, ma non si devono dimenticare gli effetti negativi sul piano esistenziale e professionale che sono causati anche solo dall’avvenuta iscrizione di un nome nel registro degli indagati²⁸.

La conseguenza di un tale fenomeno è facile da intuire: la relazione medico-paziente è stata progressivamente contaminata da preoccupazioni di carattere giudiziario, che nulla hanno a che fare con la peculiarità funzionale della “relazione di cura”. Il medico ha finito per preoccuparsi di prevenire il rischio di un procedimento penale a suo carico, prima che del paziente: la medicina si è sviluppata in chiave “difensiva”²⁹.

Nell’emozione suscitata dall’emergenza Covid-19, il sentimento di gratitudine ha posto i medici al centro dell’ammirazione pubblica. Celebrati dalla retorica della stampa che li ha dipinti come eroi in guerra³⁰, hanno recuperato una considerazione sociale che sembrava ormai un mero ricordo.

Ma – si sa – queste emozioni sono destinate a svanire di fronte a vicende tragiche che colpiscono i pazienti ancora più direttamente.

²⁶ Cfr., sul punto, G. Forti, M. Catino, F. D’Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa 2010, 17 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenze e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 114 ss.; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014.

²⁷ M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 7 ss., il quale (a p. 8) parla proprio di una «medicina contrattualizzata, mutuata dalla tradizione anglosassone». Cfr. anche C. Rizzo, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della “colpa medica”*, cit., 11 s.

²⁸ G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2020, 4, 15; S. Aleo, *Considerazioni critiche sull’art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria*, in *IP* 2017, 601.

²⁹ Cfr. A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014; R. Bartoli, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.* 2011, 1107 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano 2012; F. D’Alessandro, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.* 2014, 927 ss.

³⁰ Su questa semplificazione comunicativa discutibile, ma comunque efficace, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell’esonazione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.6.2020, 2.

Come è stato ben presto evidenziato, i primi “rischi legali da Coronavirus” incombono proprio sui medici, in forza della loro particolare vicinanza al malato.

Non è un caso che nella primavera del 2020 sia intercorso un intenso scambio di comunicazioni tra i vertici della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri – da un lato – e il Consiglio Nazionale Forense – dall’altro – in ordine alle iniziative pubblicitarie promosse da alcuni avvocati per incoraggiare i pazienti e i loro familiari a perseguire in sede giudiziaria i comportamenti ipoteticamente colposi dei medici impegnati a fronteggiare la devastante emergenza pandemica. Dialogo istituzionale avviato dalla preoccupata segnalazione a tal riguardo effettuata dalla Federazione nazionale (FNOMCeO), alla quale il CNF ha prontamente risposto con le delibere (n. 177 e n. 178) approvate in data 1 aprile 2020³¹.

In particolare, l’organismo di rappresentanza istituzionale degli avvocati italiani ha espresso la gratitudine e solidarietà della classe forense a medici, infermieri, personale sanitario in genere che, a vario titolo, sono impegnati nella cura e nell’assistenza di coloro che sono stati colpiti dalla malattia e nell’aiuto alla cittadinanza, assicurando un’attenta vigilanza di tutte le istituzioni forensi nell’individuare e sanzionare i comportamenti degli avvocati che intendono speculare sul dolore e sulle difficoltà altrui; ha invitato i Consigli dell’Ordine degli Avvocati e i Consigli Distrettuali di Disciplina Forense, nell’ambito delle rispettive competenze in materia deontologica, a vigilare e a intervenire in relazione ai comportamenti contrari ai doveri di corretta informazione e/o finalizzati all’accaparramento di clientela, che ledono il decoro e la dignità della classe forense.

Dove si trova la radice di questo peculiare “rischio legale”, per i sanitari, che è stato al centro del dibattito sulla depenalizzazione della colpa medica rilanciato dall’emergenza³²?

Nonostante l’insostenibilità del positivismo come pretesa fideistica di verità sia ormai - o dovrebbe essere ormai - ampiamente dimostrata³³ dalle teorie post-positivistiche della conoscenza, la mancanza di modelli nomologici validati sulla base di pregresse osservazioni empirico-statistiche ha creato un inedito e particolare sconcerto e disorientamento nella classe medica, che si è trovata a dover fronteggiare, con il Covid-19, una patologia della quale per lungo tempo non ha saputo nulla e, ancora oggi, sa ben poco.

³¹ Le delibere si possono leggere sul sito del CNF (www.consiglionazionaleforense.it).

³² G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., 1.

³³ A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenze e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, cit., 117 ss.

Come è stato presto rilevato, «nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche»³⁴.

Non solo. Il contesto emergenziale ha reso evidente una distanza insuperabile, prodotta dai tagli indiscriminati alla spesa sanitaria, tra bisogni di cura e risorse disponibili e i luoghi di assistenza medica sono diventati terreno di una disperata lotta per la vita dei pazienti.

Nel periodo dell'emergenza pandemica, l'attività medica si svolge tra incertezze scientifiche e problemi organizzativi tanto gravi da tradursi in tragedia non solo per i malati e le loro famiglie, ma anche per gli stessi medici, esposti al contagio³⁵ ed obbligati a scegliere chi curare prima o addirittura chi non curare.

Nonostante gli sforzi profusi e i drammi affrontati nel quadro descritto, le morti sono numerose e numerosi sono i casi di eventi lesivi che, in condizioni diverse (questo è un punto importante), si sarebbero, forse, potuti evitare: incomincia così a manifestarsi lo spettro di possibili conseguenze giudiziarie, anche penali, a carico dei sanitari per *malpractice*³⁶.

I titoli di reato potenzialmente rilevanti in sede ermeneutica per la responsabilità medica si individuano prevalentemente nell'omicidio e nelle lesioni colpose, escludendo, quindi, l'epidemia colposa; aldilà delle significative problematiche poste dall'accertamento del nesso di causalità, una parte della dottrina non rinviene, infatti, il requisito selettivo indispensabile ai fini dell'applicabilità di tale fattispecie: una signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico³⁷.

³⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, Covid-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8.4.2020, 10. Si riporta, per completezza, l'intero passaggio: «I professionisti della salute si sono spesso trovati a dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti, a volte anche con dispositivi di protezione inadeguati, con un alto rischio di infettarsi e persino di morire: sono infatti numerosissimi i decessi degli operatori sanitari. Va inoltre tenuto conto dell'incertezza scientifica che caratterizza la novità dell'attuale emergenza pandemica: nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche. In considerazione di ciò il CNB segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica».

³⁵ Cfr. sul punto F. D'Alessandro, *Le vittime vulnerabili all'epoca del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi*, a cura di G. Forti, Milano 2020, 99 ss.

³⁶ Cfr. C. Rizzo, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, cit., 28.

³⁷ La rilevanza selettiva del requisito del «"dominio originario"» è evidenziata da A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 888: «l'art. 438 Cp non richiede soltanto la prova dell'effettiva trasmissione a più persone del germe patogeno, con contestuale pericolo di ulteriore propagazione del virus, bensì presuppone la signoria dell'agente sull'insorgenza e sullo sviluppo del morbo epidemico. Un requisito selettivo - quello del "dominio originario" - rispecchiato dai livelli edittali e prescindendo dal quale le difficoltà di accertamento del nesso eziologico - richiesto dalla norma - si rivelano di fatto insormontabili». Cfr. anche R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *www.sistemapenale.it*, 10.7.2021, par. 2.1, che evidenzia come un tanto si imponga anche in considerazione degli elevatissimi livelli edittali: in alternativa, ben poco condivisibilmente, si dovrebbe ritenere che le persone siano dei "germi patogeni" sui quali è possibile esercitare il dominio. *Contra*: D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza*

Alla luce della “abnorme quantità” di eventi lesivi e delle peculiari caratteristiche di questa emergenza, come già evidenziato, il rischio penale non è trascurabile e le notizie di indagini avviate per la ricerca di eventuali responsabilità penali non sono mancate³⁸.

3. Per evitare il rischio di fare dei sanitari dei prevedibili “capri espiatori” - anche tenuto conto delle preoccupazioni espresse sul punto dal Comitato Nazionale per la Bioetica³⁹ - la dottrina si è da subito impegnata in modo convinto nella ricerca delle vie percorribili per escludere o circoscrivere la responsabilità penale di coloro che sono impegnati nell'emergenza, in ossequio all'art. 27 co. 1 della Costituzione: è parso necessario operare una valutazione adeguata dell'influenza esercitata dalla dimensione dell'emergenza sulle condotte individuali. Di fronte ad eventi avversi, per esempio, sarebbe paradossale riconoscere la responsabilità di operatori privi di specializzazioni idonee che si rendano disponibili nella carenza di soggetti adeguatamente qualificati, in forza dell'«assunzione volontaria del rischio, di norma punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe condurre all'astenersi dall'attività»⁴⁰.

Per valorizzare adeguatamente il contesto emergenziale, però, servono delle riforme normative o si possono utilizzare gli strumenti normativi già disponibili?

Volgendo lo sguardo alle coordinate tracciate dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza Mariotti), pronunciata dopo la riforma c.d. Gelli-Bianco (l. 8.3.2017 n. 24), se ne ricava che le condizioni poste dall'art. 590-sexies Cp ai fini dell'esonero da responsabilità dell'operatore sanitario sono difficilmente applicabili alle specificità dell'emergenza Covid-19⁴¹, in considerazione della situazione

pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali, in www.lalegislazionepenale.eu, 10.5.2020, 12. Per un'analisi dei problemi posti dall'accertamento del nesso di causalità, anche con riferimento ai reati di omicidio e lesioni personali, in relazione alla diffusione della infezione da SARS-CoV-2, cfr. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.1.2021, 4 ss.

³⁸ Cfr. A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.5.2020, 2 s. A testimonianza di questa tendenza, basti ricordare che sono nati Associazioni e Comitati (reperibili agilmente in rete) con oggetto sociale quello di promuovere o sostenere iniziative giudiziarie (anche penali) per i decessi legati alla diffusione del Virus. Cfr. anche C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in www.sistemapenale.it, 1.6.2021, par. 1.

³⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica*, cit., *passim*.

⁴⁰ C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 30.3.2020, par. 4.

⁴¹ Cass. S.U. 21.12.2017 n. 8770 (Mariotti), in <https://bit.ly/2G2Lun8>. In argomento, A. Roiati, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies Cp*, in *AP* 2018, 2, 423 ss.; C. Cupelli, *L'art. 590-sexies Cp nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *DPenCont* 2018/3, 246 ss. I punti fondamentali della sentenza Mariotti, che ha sostanzialmente ridisegnato i confini applicativi della fattispecie, sono così riassumibili: quando si tratti di negligenza o imprudenza, l'esercente la

di incertezza scientifica attestata dalla assenza di linee guida accreditate e di buone pratiche applicabili al caso clinico e delle difficoltà organizzative legate all'elevato numero di malati e alla insufficienza sia di posti nelle terapie intensive che di personale specializzato⁴².

La soluzione interpretativa della riforma Gelli-Bianco offerta dalle Sezioni Unite, secondo cui, quando non esistano linee guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve, applicata al caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19, una patologia nuova ma dagli effetti dirompenti, ha destato molte perplessità. L'art. 590-sexies Cp riguarda situazioni complesse che comunque attengono alla normalità⁴³.

È proprio in questo quadro che si è aperto un grande dibattito concernente l'opportunità di intervenire con uno "scudo"⁴⁴ – o, per utilizzare una formulazione meno forte, con una norma di garanzia⁴⁵ – per i medici impegnati a fronteggiare l'emergenza pandemica: non si tratta solo, in questo caso, di arginare con nuove proposte il fenomeno della c.d. "medicina difensiva", ma anche di venire incontro ad un'esigenza di giustizia.

Da un lato, si sono sviluppate così le argomentazioni di chi, per esempio – evidenziando la necessità di partire da qui per proporre poi una riforma più ampia della colpa sanitaria, anche a prescindere da un legame con la crisi pandemica, spingendo i limiti della non punibilità di cui all'art. 590-sexies Cp oltre la sola imperizia lieve nella fase esecutiva – ha richiesto al legislatore un ampliamento delle ipotesi di esonero da responsabilità colposa, da realizzarsi con una riforma che preveda, per il

professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; quando si tratti di imperizia, occorre distinguere: nei casi di errore nella scelta di linee-guida o buone pratiche, in quanto non pertinenti e adeguate rispetto alla specificità del caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; quando non esistano linee-guida ufficialmente riconosciute o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; invece, quando venga commesso un errore esecutivo nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente, cioè adeguata al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria sarà responsabile solo in ipotesi di colpa grave. Sul punto cfr. anche A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenze e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, cit., 141 s.

⁴² Cfr. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 9; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *www.discrimen.it*, 25.5.2020, 3.

⁴³ R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., par. 3.1.2.; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 9 s. Per una riflessione più generale sulla rilevanza delle linee guida anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite cfr. A. Vallini, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2019, 1, 199 ss.

⁴⁴ È proprio il Comitato Nazionale per la Bioetica, Covid-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica*, cit., 10, ad aver proposto di prendere «in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19».

⁴⁵ C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., par. 7, vuole evitare che si pensi ad un privilegio e utilizza la formulazione "norma di buon senso e di garanzia".

periodo di emergenza sanitaria, la limitazione della responsabilità medica alle sole ipotesi di colpa grave; l'estensione di tale limite anche ai casi di negligenza e imprudenza; l'introduzione di una definizione di colpa grave che faccia riferimento alla «macroscopica violazione di regole o protocolli cautelari» e che tenga in considerazione i fattori di contesto (il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti, il livello organizzativo della struttura in relazione alla gestione del rischio emergenziale in questione, l'eventuale eterogeneità della prestazione rispetto alla specializzazione del singolo operatore)⁴⁶.

Sul fronte opposto, sono state formulate alcune proposte ermeneutiche da parte di coloro che ritengono che la responsabilità in contesti complessi che non attengono alla normalità, ma all'emergenza, possa essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari⁴⁷.

Questi autori, in termini condivisibili, evidenziano come sul piano culturale sia fondamentale che non passi l'idea per cui si deve garantire l'immunità rispetto a

⁴⁶ C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., par. 5: egli propone altresì di allargare l'area di irresponsabilità colposa anche a fattispecie diverse da lesioni e omicidio (si pensi ad altri eventi avversi e alla possibile contestazione del delitto di epidemia colposa nei riguardi del medico costretto ad operare in assenza di adeguati presidi protettivi) e di ragionare sul peso da attribuire, in una situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee-guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidata; cfr. anche A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 10 ss., che condivide, almeno come punto di partenza, la proposta di una normativa "speciale", espressamente legata alle specificità dell'emergenza pandemica determinata dal Covid-19, che consentirebbe di prevedere una causa di non punibilità o di esclusione del tipo del tutto sganciata dal sistema di accreditamento di linee guida e buone prassi che caratterizza invece l'esistente art. 590-sexies Cp, ma poi propone una riforma di carattere generale, con l'intento di modificare l'art. 590-sexies Cp nei seguenti termini: «quando il giudice è chiamato a verificare la colpa dell'esercente la professione sanitaria la punibilità è esclusa in ipotesi di osservanza delle raccomandazioni previste da linee guida (accreditate) e buone prassi clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso concreto e nei casi in cui l'osservanza della regola di condotta risulti in concreto inesigibile a fronte di situazioni di comprovata emergenza o di oggettiva carenza di mezzi o di organizzazione» e limitando la punibilità dell'agente ai casi di dolo o colpa grave in relazione a tutte quelle prestazioni (ivi comprese quelle non rientranti nell'ambito sanitario) che siano caratterizzate da «speciale difficoltà o [...] da elevata incertezza scientifica». M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 6 ss., invece, da un lato individua, tra gli strumenti idonei a tenere nella dovuta considerazione le peculiarità dell'emergenza epidemica (il contesto, le risorse a disposizione, la variabile organizzativa), l'art. 2236 Cc, basato sulla colpa grave di chi si è trovato a fronteggiare situazioni di "speciale difficoltà"; dall'altro, invece, evidenzia come una riflessione sulla colpa medica possa e debba essere ripresa, in modo da allineare il nostro sistema ad altri ordinamenti nei quali la responsabilità penale del sanitario viene innescata solo dalla colpa grave in su. Sulla rilevanza dell'art. 2236 Cc, in termini critici, cfr. anche A. Massaro, *L'art. 590-sexies Cp, la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 Cc*, in *AP* 2017, n. 3, *passim*.

⁴⁷ R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., par. 3.1.2 e 3.1.3. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 12, ritiene che non sia scontato che la soluzione migliore per garantire un'applicazione della legge penale che tenga pienamente conto dell'eccezionalità della situazione generata dal contagio possa essere soltanto una ridefinizione della colpa professionale. Cfr. altresì, in termini critici con riferimento ad un'ulteriore riforma della colpa in ambito penale sanitario, O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 13 ss.

condotte colpose diffuse⁴⁸, sia dei medici, sia, soprattutto, dei vertici amministrativi e politici⁴⁹.

Gran parte degli autori contrari agli “scudi” sono poi accomunati dalla fiducia nella capacità degli interpreti di sviluppare percorsi ermeneutici improntati ad equilibrio e ragionevolezza⁵⁰. Essi mettono in guardia, per esempio, dall’invocazione cieca della colpa generica - che può fungere da catalizzatore sia nelle situazioni di normalità, sia, a maggior ragione, in contesti in cui il rischio risulta particolarmente oscuro⁵¹ - e da una arbitraria elaborazione postuma di quell’agente «tanto modello da essere lontano – se non negato – dalla realtà»⁵², a cui la colpa “senza regole” spesso si affida.

Sullo sfondo resta sempre la difficoltà dell’accertamento del nesso causale ed in particolare la difficoltà, – allo stato difficilmente superabile – nella logica della causalità individuale, di ricondurre i singoli eventi di contagio ad una precisa condotta inosservante⁵³. Tuttavia, se ci riferisce alla responsabilità del sanitario al quale il paziente già contagiato si rivolge per essere curato, pare corretto valorizzare, come è stato fatto, lo squilibrio tra innumerevoli necessità assistenziali e limitate risorse sanitarie disponibili, per valutare se questa situazione emergenziale di crisi si sia riflessa sulla posizione di garanzia dell’operatore sanitario e tradotta in un difetto dei poteri impeditivi dell’evento riferibili al “garante” della salute e della vita del paziente contagiato e bisognoso di cure⁵⁴.

⁴⁸ A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 889.

⁴⁹ Sul punto cfr. ampiamente R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., par. 3.2 ss., che parla in toni critici di un'eventuale immunità politica riconosciuta *ex post*.

⁵⁰ F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., *passim*, e, in particolare, cfr. par. 3 dove si afferma: «E non dubitiamo che [la magistratura] darà sicuramente prova di essere all'altezza del suo compito di custode della civiltà giuridica anche nel momento in cui l'ostilità della natura sembra scuotere finanche le nostre istituzioni giuridiche»; D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., *passim*; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 895, che ricorda come «in questa delicata temperie, le tensioni e le criticità che l'accertamento delle responsabilità penali in ambito sanitario implica inevitabilmente possono essere temperate dall'equilibrata ed illuminata applicazione dei principi».

⁵¹ R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., par. 1.

⁵² F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit., par. 3. Per una riflessione sulle fattezze di questo agente modello cfr. A. Vallini, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico*, cit., 184 ss.

⁵³ Cfr. V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *AP* 2020, 1, 2 ss.; D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, cit., 9 e O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit. 4 ss.

⁵⁴ A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 892. L'Autore (p. 890), pragmaticamente, ricorda tuttavia come la prassi ci offra «innumerevoli esempi di "flessibilizzazione" adattiva dei coefficienti di imputazione, assiologicamente fondata sul rango primario dei beni in gioco e strumentale al soddisfacimento di aspettative sociali di repressione».

Sul fronte della tipicità, poi, il sanitario ha in ogni caso diritto ad essere giudicato assumendo quale elemento costitutivo del fatto tipico una regola cautelare di carattere “modale” individuabile *ex ante* in concreto: «non potrebbe ritenersi configurato il fatto tipico colposo - o comunque dovrebbe escludersi la punibilità - in tutti i casi in cui, al momento dell'agire, la norma precauzionale non fosse predeterminata e/o conoscibile dal sanitario»⁵⁵.

Infine, il contesto emergenziale può assumere rilievo per valutare se sia esigibile in concreto, per quel soggetto, il comportamento conforme alla regola medica, a partire dal momento di verifica della misura soggettiva della colpa. Il giudizio individualizzante della colpevolezza colposa permette di prendere in considerazione il condizionamento esercitato sul sanitario dalla situazione concreta: le condizioni personali ed ambientali del tutto particolari in cui si è collocata la condotta inosservante⁵⁶.

Per quanto riguarda invece la condotta del medico che, costretto a scegliere tragicamente chi curare (a causa dell'insufficiente disponibilità dei posti di terapia intensiva), decida di intubare il paziente che ha maggiori possibilità di vivere, in tal modo provocando il decesso dell'altro, essa può essere ricondotta nel contesto normativo dello “stato di necessità”⁵⁷.

Nonostante la ragionevolezza di queste argomentazioni proposte dai sostenitori dell'inutilità di una riforma della responsabilità penale dei sanitari impegnati nell'emergenza pandemica, il legislatore ha sentito la necessità di assicurare il personale sanitario con una nuova norma.

⁵⁵ A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 19.

⁵⁶ Cfr. A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., 893. Pessimista, sul punto, C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, cit., par. 4.2. Con riferimento alle questioni di contesto cfr. ampiamente M. Caputo, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, a cura di G. Forti, Milano 2020, 109 ss. Sul tema cfr. D. Castronuovo, *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.; G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.la legislazione penale.eu, 3.2.2021, 21 ss. e, sull'inesigibilità, G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990.

⁵⁷ Cfr. L. Riscato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 7: resta ferma la configurabilità, almeno teorica, a carico del sanitario di «un eventuale eccesso colposo nel caso in cui il bilanciamento tra bene salvato e sacrificato sia stato fondato su valutazioni eccentriche». L'Autrice evidenzia altresì come paia «evidente che il perimetro di applicabilità dell'art. 54 Cp coincida con la sua – limitata ma indiscutibile – dimensione scusante, fondata sull'inevitabilità del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell'azione necessitata su un terzo innocente». Cfr. anche M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 5 e G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, cit., 13, che si sofferma sul possibile ricorso, nel caso di scelte tragiche, alle cause di giustificazione dello stato di necessità o dell'adempimento di un dovere, propendendo, *de iure condito*, per la prima, anche in considerazione della sua capacità di lasciare aperto il discorso relativo all'allocazione delle conseguenze comunque lesive a carico della vittima. G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, cit., 15 richiama invece la causa di impunità rappresentata dalla forza maggiore.

Sull'onda dell'esempio offerto dall'intervento "pedagogico" - perché di dubbia utilità almeno secondo una parte della dottrina - attuato con la neo-introdotta "non punibilità" per gli eventi dannosi da vaccino anti-Covid⁵⁸, contenuta già nell'art. 3 d.l. n. 44/2021, in sede di conversione del decreto (l. 2.05.2021 n. 76), il legislatore ha introdotto anche l'art. 3-bis, volto a limitare ai casi di colpa grave la responsabilità penale di tutti gli esercenti una professione sanitaria, nell'ambito della fase emergenziale Covid-19 - e quindi dal 31 gennaio 2020 al 31 luglio 2021, salvo proroghe che già sono state introdotte almeno fino al 31 dicembre 2021 (d.l. 23.7.2021 n. 105) - per i fatti di omicidio e lesioni colpose riconducibili causalmente al contesto emergenziale sopra descritto⁵⁹. Tra i fattori normativamente previsti che possono concorrere ad

⁵⁸ L'ipotesi è disciplinata dall'art. 3 d.l. 1.4.2021 n. 44: «Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione». Come è stato ben illustrato, se questa norma non fosse stata introdotta, la non punibilità deriverebbe dall'applicazione dell'art. 43 co. 3 Cp, trattandosi di condotta osservante le regole cautelari contenute nell'autorizzazione d'immissione in commercio e nelle circolari ministeriali sulla vaccinazione anti Covid-19: cfr. P. Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti-Covid 19*, in www.sistemapenale.it, 23.4.2021; E. Penco, "Norma-scudo" o "norma-placebo"? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in www.sistemapenale.it, 13.4.2021, 8. Cfr. anche F. Furia, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *AP* 2021, n. 1, 14 s.: «L'art. 3, D.L. 1° aprile 2021 n. 44, si limita sostanzialmente a ribadire quel che già si poteva affermare seguendo le norme regolanti il settore dei farmaci e i principi generali in tema imputazione colposa e causalità. Il risultato di mandare esente da responsabilità per omicidio e lesioni personali colpose l'operatore sanitario che, nell'attività di inoculazione del vaccino anti SARSCoV-2, si attenga alle indicazioni contenute nel provvedimento di messa in commercio del farmaco (e nei documenti collegati) emanato dall'AIFA e nelle circolari emesse dal Ministero della Salute, infatti, si sarebbe potuto ottenere, nelle medesime situazioni, anche senza bisogno di introdurre una nuova norma. Come visto, non c'è necessità, peraltro, nemmeno di scomodare il già esistente art. 590-sexies, co. 2, Cp, che mal si adatta (anche) a questa situazione». C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., par. 2, qualifica l'istituto come causa di esclusione della colpevolezza e quindi, in presenza dei presupposti indicati dalla norma, di qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa, anche grave; nello stesso senso si esprime la Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, su *Artt. 3 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) e 3-bis (Responsabilità penale per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, in legge 28 maggio 2021, n. 76*, del 21.6.2021, par. 3.1, che vi dedica un'approfondita analisi: le norme penali introdotte, in quanto norme in *bonam partem*, potranno trovare un'applicazione retroattiva.

⁵⁹ Ecco il testo dell'articolo introdotto dalla l. 28.5.2021 n. 76: «Art. 3-bis. - (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) - 1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. 2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza». Per un primo commento, oltre a C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., *passim*, cfr. P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, in www.sistemapenale.it, 1.6.2021.

escludere la gravità della colpa vi è la limitatezza delle conoscenze scientifiche sulle patologie da SARS-Cov-2 e sulle terapie al momento del fatto, la scarsità delle risorse umane e materiali disponibili, il minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato. Gli indici paiono formulati per invitare la giurisprudenza a non dimenticare, col passare del tempo, la situazione in cui i sanitari si sono trovati ad operare⁶⁰, ma è auspicabile che questa riforma avvertita come irrinunciabile dalla classe medica in un momento particolare e da questa accolta con entusiasmo sia soprattutto l'occasione per un generale ripensamento della disciplina penale della colpa medica, volto a superare i limiti in cui l'art. 590-sexies Cp, come interpretato dalla giurisprudenza, ha ristretto le ipotesi di esclusione della responsabilità⁶¹.

In conclusione su questo aspetto, è presumibile che, anche senza “scudi” e a disciplina processuale invariata, la massima parte dei procedimenti penali attivati per responsabilità medica in situazioni di emergenza Covid-19 si sarebbero conclusi già nella fase delle indagini con un provvedimento di archiviazione; ora abbiamo una norma che può facilitare questo epilogo, per le ipotesi in cui già non si versi in assenza di colpa, e che rassicura la classe medica.

Il quadro che ne risulta ha una sua coerenza interna, ma dobbiamo chiederci se non sia comunque parziale.

Rischia di dimenticare troppo rapidamente, infatti, una voce; la voce delle vittime; la voce di chi ha vissuto la tragedia sulla propria pelle, subendo conseguenze gravi, e che per ottenere giustizia si è rivolto all'unico interlocutore ritenuto, anche se erroneamente, idoneo a dare una risposta: la Procura della Repubblica⁶².

Di fronte a vicende drammatiche che, a causa delle difficoltà incontrate dal sistema sanitario nella gestione della situazione emergenziale, hanno lasciato esiti molto pesanti in termini di morti o di lesioni permanenti, le esigenze di giustizia espresse dalle “vittime”, che non devono trovare un apparente appagamento in sede

⁶⁰ Così C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso* (d.l. 44/2021), cit., par. 6 e 7 che si dice favorevole, come da lui stesso proposto, ad un regime siffatto, che trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale.

⁶¹ P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, cit., par. 4, ritiene che lo “scudo” sia privo di utilità pratica perché il medico già risponderebbe penalmente solo per colpa grave, in casi di speciale difficoltà o in una situazione emergenziale, secondo la regola dell'art. 2236 Cc. L'ipotesi è interessante e si fonda su alcuni pronunciamenti giurisprudenziali oltre che su alcune letture che la dottrina stessa ha offerto (cfr. *supra* nota 46). Appare tuttavia difficilmente sostenibile come principio unanimemente condiviso, soprattutto con riferimento ad ipotesi diverse dalla mera imperizia.

⁶² Sul punto cfr. la profonda analisi offerta da C. Mazzucato, *To heal Covid-19 wounds we need a Truth and Reconciliation Commission. Reflections from Lombardy*, in www.euforumrj.org/en/heal-covid-19-wounds-we-need-truth-and-reconciliation-commission, che ha ricordato come il Comitato di Bergamo “Noi denunceremo”, per esempio, abbia invitato la popolazione interessata, che aveva subito la morte di un proprio caro, a recarsi in Procura, in data 10 giugno 2020, per il “denuncia-day”, con lo scopo di chiedere ai magistrati di fare chiarezza in merito alla cattiva gestione dell'emergenza sanitaria e di ottenere giustizia. Le denunce sono state presentate nei confronti di tutte le autorità coinvolte nella gestione.

penale con la condanna del singolo sanitario “al fronte”, non devono neppure rimanere inascoltate o finire, nel “migliore” dei casi, per essere presuntivamente soddisfatte in termini solo economici in sede civile.

Per evitare che si aggravino le lacerazioni sociali e si esacerbino i sentimenti di vendetta delle parti lese, serve una risposta istituzionale diversa.

4. Il quadro, già complesso, è stato arricchito nell'estate del 2020 da un ulteriore elemento, che ha interessato il fenomeno delle aggressioni ai sanitari sul luogo di lavoro, poste in essere dai pazienti o dai loro familiari. La riforma, in questo caso, - approvata a due anni dalla presentazione e, nel corso dell'emergenza pandemica, proprio l'ultimo giorno utile prima della chiusura estiva dei lavori camerali - non è stata dichiaratamente sollecitata dalla pandemia, quanto piuttosto dall'allarme sociale suscitato da diversi episodi di cronaca che si sono verificati ben prima dell'emergenza sanitaria e che anche la Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri aveva stigmatizzato nell'ambito di un'efficace campagna di sensibilizzazione contro le aggressioni al personale medico⁶³. La coincidenza temporale non pare tuttavia del tutto casuale. L'approvazione della legge ha inevitabilmente risentito di quel sentimento di gratitudine nei confronti di medici ed infermieri che si era largamente diffuso in seno all'opinione pubblica durante la crisi dovuta al Covid-19 e che aveva portato a riscoprire la centralità del loro ruolo sociale⁶⁴.

Il tema è poi solo a prima vista distante da quello appena trattato: alcuni atteggiamenti violenti al centro del fenomeno possono essere facilitati - è intuibile - proprio dalla forte emotività e frustrazione in cui a volte versano i malati e le loro famiglie, utenti di un servizio che si trova in costante sofferenza.

I numeri di questi casi, per quanto riguarda la realtà italiana, sono sostanzialmente stabili negli ultimi anni, se non addirittura in riduzione, in quanto si è passati da 2.576 episodi di infortuni da violenza - riconosciuti dall'INAIL - nel settore dei servizi sanitari e sociali, nel 2010, a 2.082 casi nel 2017. Non abbiamo dati relativi alla fase della pandemia, ma il fenomeno è significativo perché, nell'interpretazione delle frequenze, va sempre tenuta in considerazione la percentuale degli eventi non denunciati, stimata in circa il 70%, sia tra i medici che tra gli infermieri: le vittime, oltre che in conseguenza del rapporto molto stretto che spesso si instaura col paziente, non denunciano perché temono conseguenze professionali negative, come essere

⁶³ M. Caputo, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, in *AP* 2020, n. 3, 1.

⁶⁴ Cfr. B. Fragasso, *Aggressioni ai danni del personale sanitario: di fronte all'allarme sociale, la legge 113/2020 inasprisce le pene*, in *www.sistemapenale.it*, 2.2.2021, par. 2.

considerate incapaci di adattarsi alle situazioni o di stabilire buone relazioni con il paziente⁶⁵.

La l. 14.8.2020 n. 113, recante “Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell’esercizio delle loro funzioni” ha introdotto così una serie di misure preventive e, soprattutto, di contrasto, che coinvolgono una platea molto ampia di destinatari ai quali la legge assicura tutela⁶⁶.

Sul piano preventivo, oltre all’istituzione di un Osservatorio nazionale sulla sicurezza degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie (art. 2 l. 113/2020), si prevede, ad esempio, la promozione di iniziative di informazione sull’importanza del rispetto del lavoro del personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria (art. 3) «utilizzando le risorse disponibili a legislazione vigente per la realizzazione di progetti di comunicazione istituzionale» a cura del Ministero della Salute. In base alla legge, poi, al fine di prevenire episodi di aggressione e di violenza le strutture presso cui opera il personale devono prevedere (art. 7) nei propri “piani per la sicurezza” misure volte a stipulare specifici protocolli operativi con le forze di polizia per garantire interventi tempestivi.

Sul piano penale l’art. 4 è intervenuto sull’art. 583-*quater* Cp, modificando la rubrica – che oggi è così formulata “Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o sociosanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie ad essa funzionali” – e aggiungendo un secondo comma, che estende le sanzioni comminate in caso di lesioni gravi e di lesioni gravissime, previste dal

⁶⁵ Cfr. C. Mamo, M. Penasso, D. Quarta, *Infortuni lavorativi da aggressioni nel personale sanitario: dimensioni e trend del problema*, in *Boll. Epidemiol. Naz.* 2020, 1(2), 15 ss., dove si evidenzia, peraltro, come, in questo lasso di tempo, si è progressivamente ridotto il personale operante nelle ASL e negli istituti di cura pubblici, passato da 724.245 unità del 2010 a 603.375 unità nel 2017: il tasso grezzo di eventi è passato quindi da 35,6*10.000 addetti nel 2010 a 34,5 nel 2017, indicando una sostanziale stabilità del problema.

⁶⁶ Come previsto dall’art. 1 della legge: «Ai fini della presente legge si intendono quali professioni sanitarie quelle individuate dagli articoli 4 e da 6 a 9 della legge 11 gennaio 2018, n. 3, e quali professioni socio-sanitarie quelle individuate dall’articolo 5 della medesima legge n. 3 del 2018». L’elemento dirimente è rappresentato dall’appartenenza a professioni costituite negli ordini professionali, ma non soltanto: medici-chirurghi, odontoiatri, veterinari, infermieri, farmacisti, tecnici sanitari di radiologia medica, professionisti in ambito ostetrico e riabilitativo e ancora chiropratici, osteopati, chimici, fisici, biologi, psicologi, operatori sociosanitari, assistenti sociali, sociologi e educatori professionali. Cfr., per un approfondimento, M. Caputo, *Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., *passim*. A p. 3, in particolare, egli evidenzia che «concorrono all’incremento degli atti di violenza: l’aumento di pazienti con disturbi psichiatrici acuti e cronici dimessi dalle strutture ospedaliere e residenziali; la diffusione dell’abuso di alcol e droga; l’accesso senza restrizione di visitatori presso ospedali e strutture ambulatoriali; le lunghe attese nelle zone di emergenza o nelle aree cliniche, con possibilità di favorire nei pazienti o accompagnatori uno stato di frustrazione per l’impossibilità di ottenere subito le prestazioni richieste; il ridotto numero di personale durante alcuni momenti di maggiore attività (trasporto pazienti, visite, esami diagnostici); la presenza di un solo operatore a contatto con il paziente durante visite, esami, trattamenti o gestione dell’assistenza in luoghi dislocati sul territorio e isolati, quali i presidi territoriali di emergenza o continuità assistenziale, in assenza di mezzi di segnalazione; la mancanza di formazione del personale nel riconoscimento e controllo dei comportamenti ostili e aggressivi; la scarsa illuminazione delle aree di parcheggio e delle strutture; le barriere culturali e/o linguistiche».

comma 1 dell'art. 583-*quater* Cp⁶⁷, ai casi in cui le vittime appartengano al personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e le lesioni siano cagionate nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio, nonché a chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, nell'esercizio o a causa di tali attività⁶⁸.

Con l'aggiunta del n. 11-*octies* all'elenco dell'art. 61 Cp, la riforma ha introdotto una nuova aggravante ad effetto comune: «l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività» e, con effetti dirimpenti, l'art. 6 ha inciso sul regime di procedibilità dei reati di percosse e di lesioni personali lievi, che sono oggi procedibili d'ufficio se ricorre la nuova circostanza aggravante.

Aldilà dell'incidenza di questa modifica sulla competenza⁶⁹ e sugli istituti, anche deflattivi, applicabili (per le lesioni aggravate dalla nuova circostanza non si applicherà più né l'art. 35 d.lgs. 274/2000 né l'art. 162-*ter* Cp), ritengo che l'effetto più rilevante sia legato proprio alla cancellazione del diritto del sanitario di scegliere di non denunciare il reato, per attivare percorsi alternativi di ricostruzione del dialogo o di ricomposizione del conflitto. La gestione del conflitto è stata spostata irrimediabilmente in sede giudiziaria.

Un ulteriore intervento, dal sapore marcatamente simbolico, è quello contenuto nella norma di cui all'art. 9 della nuova legge, che prevede, per le condotte «violente, ingiuriose, offensive o moleste», che non costituiscono reato, l'applicazione di sanzioni amministrative in una somma tra Euro 500 ed Euro 5.000. Ci si chiede, infatti, quale potrà mai essere il margine di applicabilità della sanzione amministrativa, rispetto a condotte di violenza, ingiuria, offesa o molestia, che a seconda delle singole espressioni modali del fatto tipico sono elementi costitutivi di numerose fattispecie di reato, quali le lesioni personali, le percosse, la violenza privata, la minaccia, le molestie in luogo pubblico e aperto al pubblico o per mezzo del telefono e la diffamazione e di un illecito

⁶⁷ Per le lesioni gravi, la reclusione da quattro a dieci anni, per le lesioni gravissime, la reclusione da otto a sedici anni.

⁶⁸ Sulla natura giuridica di quest'ipotesi quale circostanza aggravante o, invece, più condivisibilmente, per ragioni di ordine logico, teleologico e sistematico, come titolo autonomo di reato cfr. M. Caputo, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., 12 s.

⁶⁹ Pare utile ricordare, infatti, come la modifica della procedibilità, in forza del testo dell'art. 4 d.lgs. 274/2000, sia andata ad incidere sulla competenza per quanto riguarda le lesioni lievi, attribuite oggi al tribunale e non più al giudice di pace in presenza dell'aggravante, mentre le percosse rimangono di competenza del giudice di pace.

civile, l'ingiuria, alla quale si applica la sanzione civile punitiva in un importo che, nel massimo, supera quello della sanzione amministrativa⁷⁰.

Pur lasciando da parte questo ultimo intervento, la cui portata pratica è minima, anche in conseguenza del fatto che al momento non sappiamo ancora quale sarà l'autorità amministrativa competente ad irrogare la sanzione, l'impressione che si ha, leggendo questa riforma, è che si sia dimenticato proprio il contesto in cui i fenomeni aggressivi maturano; come, spesso, dietro atteggiamenti finanche violenti si nasconde la frustrazione di chi, invece di sentirsi accolto, si sente trascurato dal servizio sanitario, dimenticato all'interno di liste di attesa lunghissime. Non dobbiamo sottovalutare il fatto che molto spesso il medico, in momenti di grande tensione, non è attaccato come persona, ma come parte della struttura alla quale appartiene, che non manca di presentare gravi disservizi, soprattutto in un periodo di emergenza sanitaria.

Nel modello che è stato delineato nel 2020 si risponde all'aggressione con la sanzione penale, ma il procedimento penale, almeno come fino ad oggi è stato concepito, rischia solo di radicalizzare la conflittualità, accentuando la subalternità dei soggetti deboli e innescando dinamiche che non sono sempre funzionali alla prevenzione. La gestione del conflitto viene delegata a terzi, quando invece la fiducia andrebbe ricostruita favorendo lo scambio di gesti significativi tra le parti e responsabilizzando i protagonisti, visto che essa è fondamentale nell'alleanza terapeutica.

5. Perché allora - a maggior ragione sfruttando le occasioni di riflessione che sono state stimulate dalla pandemia - non guardare al contesto definito dal contenzioso penale in ambito medico-sanitario come ad un campo privilegiato per l'applicazione dei processi riparativi, che si propongono proprio di facilitare la soluzione dei contrasti in chiave di ricostituzione della comunicazione sociale?

Nella prospettiva "massimalista" condivisa da Walgrave, per esempio, la *restorative justice* è definita come «un'opzione nel fare giustizia, a seguito della commissione di un reato, che è primariamente orientata alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale causato da quel fatto criminoso»⁷¹.

La responsabilità medica apre le porte ad un contenzioso dalla venatura emotivo-simbolica molto forte⁷² che è particolarmente adatto ad esser gestito all'esterno del

⁷⁰ Cfr. F.P. Modugno, *Misure di contrasto alla Violenza nei confronti degli Operatori Sanitari. La Camera approva il DDL all'unanimità e il testo ritorna al Senato in seconda lettura: l'ennesimo esempio di panpenalismo quale unica risposta dell'attuale legislatore ai fenomeni sociali*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2020, 6, 12.

⁷¹ L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon) 2008, 21, dove si legge: «an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm, caused by that offence».

⁷² M. Papa, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, a cura di L. Picotti, G. Spangher, Milano 2005, 31.

procedimento penale con strumenti volti a perseguire le finalità sopra descritte e che per questo va tenuto in grande considerazione quando si riflette sulla giustizia riparativa.

Per la prima volta in modo molto chiaro, a causa della pandemia, entrambi i protagonisti del tipico conflitto che si apre in questo campo si sono trovati in una posizione di grande debolezza: da una parte il malato, fisiologicamente debole e spesso trascurato dal sistema, dall'altro il medico, debole perché chiamato ad operare in situazioni precarie e depositario di una scienza che si è rivelata ampiamente vulnerabile, a prescindere dalla specializzazione, visto il carattere violento del processo infiammatorio indotto dal virus.

L'emergenza sanitaria, poi, ha reso evidente a tutti come molte tragedie si sarebbero potute evitare con una diversa allocazione delle risorse pubbliche, volta ad assicurare in via prioritaria il diritto alla cura di tutti i pazienti.

La giustizia riparativa, con i suoi molteplici strumenti, potrebbe offrire l'occasione per consentire al medico di spiegare il proprio punto di vista, le proprie ragioni e, allo stesso tempo, potrebbe rispondere al bisogno del paziente di vedersi finalmente riconosciuta la dignità negata e di elaborare il lutto per un evento inaccettabile, nella sua prospettiva⁷³; potrebbe aiutare a gestire i sentimenti di rabbia, di vergogna, di solitudine, di timore, di rancore, provati da entrambi i protagonisti del conflitto⁷⁴; potrebbe rappresentare il contesto in cui definire consensualmente la riparazione, comprendendo anche alcuni impegni di natura risarcitoria.

Più in generale, potrebbe poi favorire lo sviluppo di una riflessione più profonda su quello che è accaduto e ancora sta accadendo, senza mirare alla ricerca delle responsabilità giuridiche, quanto invece, alla ricerca della verità⁷⁵.

Ad un processo riparativo quale un incontro di mediazione allargata, infatti, potrebbero essere chiamati a partecipare anche i soggetti posti in posizione apicale, il primario, un rappresentante dell'Azienda ospedaliera o dell'Azienda sanitaria locale, visto che molte vicende tragiche hanno trovato una causa, almeno remota, in carenze strutturali e in scelte gestionali sbagliate⁷⁶.

⁷³ Cfr. altresì F. Macrì, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e inter-nazionale*, a cura di F. Palazzo, R. Bartoli, Firenze 2011, 12 ss.

⁷⁴ Cfr. per una riflessione su questi aspetti in conflitti che pure esulano dalla sfera di diretto interesse del sistema penale, a fronte di una scelta di depenalizzazione effettuata dal legislatore, cfr. G. Mannozi, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, cit., 36 ss.

⁷⁵ G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 15, senza riferirsi espressamente alla giustizia riparativa, illustra molto chiaramente l'esigenza di condurre una riflessione in sedi diverse da quelle giudiziarie, con un previo indennizzo delle vittime delle scelte tragiche compiute dai sanitari, da parte delle Regioni.

⁷⁶ Per un possibile ampliamento della responsabilità penale a questi soggetti, cfr. L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 7 ss.

In termini profondamente suggestivi c'è chi ha ravvisato una relazione non superficiale tra la tragedia causata dal Covid-19 e un vero e proprio conflitto armato, proponendo l'istituzione di una Commissione per la Verità e la Riconciliazione, sul modello offerto dall'esperienza sudafricana. La Commissione dovrebbe mirare a ricostruire la verità dei fatti, a garantire ai sopravvissuti una riparazione, a conservare la memoria delle vittime e a prevenire il ripetersi di drammi come questo, con un approccio inclusivo, democratico e non punitivo, che comprenda il ricorso a processi riparativi⁷⁷.

Se, proprio alla luce dell'esperienza maturata con questa tragedia collettiva che ha saputo rivelare molti punti di vulnerabilità dell'assistenza pubblica, si vuole guardare in termini più ampi e duraturi anche al futuro di questo specifico settore di contenzioso, un progetto molto interessante è quello che era stato elaborato (ben prima della pandemia e della riflessione di sistema che è stata condotta da ultimo per la riforma della giustizia penale) dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP, oggi Alta Scuola), che - oltre ad intervenire sul piano penalistico sostanziale con la proposta di una nuova fattispecie criminosa (rubricata "Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario") caratterizzata dalla limitazione della responsabilità alla sola colpa grave - dedica un ampio spazio alle potenzialità della giustizia riparativa in ambito sanitario⁷⁸.

Si era ipotizzata l'introduzione di una causa estintiva *ad hoc* per il nuovo reato di "morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario" (art. 590-ter Cp), a seguito di condotte a contenuto riparatorio (per attenuare o elidere le conseguenze del reato) e conformativo (per prevenire o correggere l'inosservanza delle regole dell'arte o le lacune organizzative), che rappresentino il risultato di un programma riparativo al quale il sanitario abbia partecipato. L'art. 590-ter dovrebbe

⁷⁷ Cfr. C. Mazzucato, *To heal Covid-19 wounds we need a Truth and Reconciliation Commission. Reflections from Lombardy*, cit.

⁷⁸ Cfr. il Progetto di riforma contenuto in G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, cit., elaborato dagli studiosi del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP, oggi Alta Scuola). Nel progetto di riforma in tema di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria proposto dal Sottogruppo AIPDP coordinato dal prof. Sergio Seminara e composto dai proff. Domenico Pulitanò e Matteo Caputo si ricorda che: «una parte significativa del Progetto del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale riguardava la promozione di programmi di giustizia riparativa, il cui svolgimento, a determinate condizioni, comportava nei casi di colpa grave la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa. Il Sottogruppo ha deciso di non introdurre nell'articolato la complessa e analitica disciplina, anche di taglio processualistico, che permette di conseguire un esito liberatorio nonostante la gravità della colpa ascritta all'esercente la professione sanitaria, ma ritiene tale congegno meritevole di approfondimento e rinvia al dibattito che seguirà la pubblicazione del presente documento la valutazione circa l'opportunità di arricchire la regolamentazione dei casi di *malpractice* di ulteriori previsioni dedicate alle impegnative modalità da osservare per impedire l'infissione della pena detentiva a fronte di condotte venute da un grado di colpa particolarmente elevato». Cfr. testo in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/6o_colpa_medica_Caputo.pdf.

includere, all'ultimo comma, una nuova causa di estinzione del reato, che opererebbe qualora l'esercente la professione sanitaria eseguisse le condotte di cui all'art. 7 ed all'art. 19, ultimo comma, di una legge da introdurre in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico⁷⁹.

Se l'equiparazione del reato di lesioni a quello di omicidio, quanto agli effetti estintivi delle condotte a contenuto riparatorio e conformativo (art. 7), mi pare difficile da giustificare in un ordinamento che ha una connotazione prevalentemente oggettivistica, la prospettiva indicata è incoraggiante e meriterebbe di essere sviluppata operando un necessario coordinamento con istituti che sono stati introdotti nel nostro ordinamento più di recente⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, cit., 199 ss.: Art. 2 legge di riforma: *Modifiche al codice penale*. 1. Dopo l'articolo 590-bis, è inserito il seguente: «Art. 590-ter (Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria) – L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento. In tutti i casi previsti dal presente articolo, il reato è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, della legge ...». Art. 6 legge di riforma: *Programma di giustizia riparativa. Definizione e tipologia*. 1. Sono programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, ai fini della presente legge: a) la mediazione, preferibilmente diretta; b) l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti; c) l'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato; d) l'ascolto protetto della persona offesa. 2. I programmi di cui alle lettere a) e b) del precedente comma consistono in ogni procedimento informale nel quale la persona offesa, la persona alla quale il fatto è attribuito e, ove occorra, i loro congiunti o altri soggetti interessati partecipano attivamente, in modo libero, a un confronto volontario, diretto o indiretto, con l'aiuto di mediatori imparziali. 3. Quando non è possibile procedere ai sensi del precedente comma per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa, si procede – ove occorra – con uno dei programmi indicati alle lettere c) e d) del primo comma del presente articolo. 4. L'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato può avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34. 5. I programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto. Art. 7 legge di riforma: *Risultato del programma*. 1. Il risultato del programma consiste in adeguate condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo. 2. Le condotte a contenuto conformativo consistono nell'assunzione di impegni quali lo svolgimento di attività informative, formative e di aggiornamento professionale, attività di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative.

⁸⁰ Il riferimento è naturalmente all'art. 162-ter Cp, applicabile ai reati procedibili a querela, che richiederebbe di essere riformato per garantirne un allontanamento dalle logiche strettamente risarcitorie che sembrano animarlo, ma che, purtroppo, non è stato interessato dal disegno riformistico elaborato sulla scorta delle indicazioni offerte dalla Commissione Lattanzi. Se, infatti, la soluzione accolta dal legislatore del 2000 con l'art. 35 d.lgs. 274/2000 è stata quella di escludere un riduttivo automatismo tra condotte riparatorie (a maggior ragione se intese come meramente risarcitorie) ed estinzione del reato, imponendo al giudice una valutazione più complessa, che comprende l'eliminazione del danno criminale e la capacità della condotta antagonista di assolvere da sola alle funzioni di riprovazione e di prevenzione ("giudizio di equivalenza sanzionatoria"), con l'art. 162-ter Cp, buona parte degli sforzi fatti per autonomizzare la riparazione estintiva da una logica esclusivamente civilistica pare vanificata. Al giudice ordinario non viene richiesto di operare un giudizio di "equivalenza sanzionatoria", ma solo di verificare se l'imputato ha riparato "interamente" il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, ed eliminato – ma solo "ove possibile" – le conseguenze dannose o pericolose del reato. L'ipotesi

Mi sembra feconda l'idea di creare una Commissione *ad hoc*, presso ogni distretto di Corte d'Appello, che promuove i programmi di giustizia riparativa a seguito della mera trasmissione della notizia di reato da parte del pubblico ministero, prima delle indagini, oppure anche indipendentemente da un procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto. Destano interesse, poi, le tipologie di programmi riparativi elaborati, che mantengono al centro la mediazione, ma non scordano allo stesso tempo di tener conto dell'eventualità in cui la vittima non possa partecipare, si rifiuti di farlo o abbandoni il percorso intrapreso.

Questo aspetto è di particolare importanza. La giustizia riparativa si contraddistingue per il riconoscimento alla vittima di un ruolo significativo, come abbiamo detto, e può essere di grande beneficio per lei. Tale potenzialità è ricordata anche dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2012 (46° considerando), che tuttavia si sofferma altresì sulla necessità che vengano apprestate le dovute garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta o, addirittura, intimidazioni e ritorsioni⁸¹.

La vittima deve essere del tutto libera di accedere ai servizi di giustizia riparativa prestando un consenso informato⁸² e questa libertà può essere favorita anche dalla consapevolezza che il suo rifiuto di partecipare non condiziona necessariamente l'esito del programma.

Nel Progetto del CSGP si prevede opportunamente la possibilità di ricorrere ad altre soluzioni, come l'ascolto protetto della persona offesa e, se del caso, anche a percorsi che, in funzione prevalentemente trattamentale, coinvolgano una vittima "aspecifica", che abbia subito un reato analogo a quello commesso nel caso in questione. Se la vittima in carne ed ossa a cui il programma di giustizia riparativa è prioritariamente rivolto ha il diritto - dopo essere stata adeguatamente informata e sostenuta - di rifiutare una partecipazione attiva, il sanitario non deve subire un trattamento processuale e/o sanzionatorio peggiore solo per questo. La centralità della vittima nelle dinamiche riparative non deve precludere all'indagato o all'imputato l'accesso ad istituti che possano valorizzare nel processo penale il suo

in cui la persona offesa non accetti la riparazione è concretamente declinata avendo presente unicamente il profilo risarcitorio e così la riparazione oltre il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento è incentrata esclusivamente sul «pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento». In prospettiva di riforma, l'estinzione deve essere accompagnata da percorsi di *restorative justice* che esitino in condotte autenticamente riparatorie dell'offesa penale, da cui si possa evincere la comprensione del precetto violato e, soprattutto, il riconoscimento dei bisogni delle vittime.

⁸¹ Sul punto cfr. V. Patané, *Tutela della vittima*, in AA.VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano 2019, 339 ss.

⁸² Cfr. sul punto l'art. 12 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI. Per un approfondimento relativo anche ai rapporti con la posizione dell'accusato: V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, cit., 18.

impegno riparatorio nel segno della ricostruzione di una relazione che invece la vittima non vuole ricostruire.

Nel progetto, poi, si è acutamente sfruttata la peculiarità degli interessi civilistici in gioco – che non vanno esaltati, certo, ma nemmeno del tutto dimenticati in quanto il risarcimento è spesso una delle tessere che compongono il mosaico della riparazione intensa in senso pieno – ed in particolare il ruolo rivestito dalle compagnie di assicurazione, per porre a carico di queste ultime la copertura finanziaria del sistema; il costo delle agenzie pubbliche di giustizia riparativa, infatti, ha sempre costituito un grosso ostacolo all'implementazione di un modello "riparativamente orientato". Nella proposta elaborata dal CSGP, le compagnie sono tenute al versamento di contribuzioni obbligatorie ad un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario, in ragione dei premi incassati per i contratti stipulati per la copertura assicurativa della responsabilità civile nell'esercizio della professione sanitaria (art. 25).

La creazione di strutture che eroghino servizi di giustizia riparativa con una specializzazione nel contenzioso sanitario e che si affianchino a quelle che verranno auspicabilmente create in attuazione della delega contenuta nel disegno di legge in corso di approvazione (art. 1 co. 19, A.C. 2435)⁸³, dando finalmente corpo alle condizioni organizzative e fattuali necessarie per lo sviluppo delle pratiche di *restorative justice*, sarebbe la migliore garanzia per un'efficace promozione di condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo poste in essere dal sanitario.

L'obiettivo è quello di favorire il non verificarsi di ulteriori eventi lesivi o pericolosi e il risultato del programma potrà essere il più vario: ci vuole solo sensibilità per l'approccio riparativo e fantasia, affiancate ad una adeguata competenza e conoscenza del contesto. L'esito conclusivo potrà consistere in un formale gesto di scuse, in un'attività socialmente utile, nel promuovere il miglioramento delle prassi organizzative interne al reparto o alla struttura sanitaria, nella frequenza di un corso di aggiornamento professionale, nella disponibilità a sottoporre a verifica di altri esperti l'operato del professionista, nell'impegno ad astenersi da determinate prestazioni professionali, nella devoluzione di una parte dello stipendio in opere benefiche in qualche modo connesse all'evento lesivo causato.

Il diritto penale arretra, ma si offrono risposte alternative, che non si limitano ad un risarcimento riconosciuto, forse, in sede civile dopo un lungo giudizio. Si offre un luogo di ascolto attento ed attivo, di riconoscimento della dignità delle persone coinvolte, di riparazione simbolica, prima ancora che materiale.

⁸³ Il disegno di legge recante "delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari" (A.C. 2435), nel testo approvato dalla Camera dei deputati in data 3 agosto 2021, con riferimento al tema della giustizia riparativa prevede finalmente uno specifico stanziamento per il finanziamento dei servizi (art. 1 co. 19).

Un discorso parzialmente analogo si può proporre per le ipotesi di aggressione ai danni del personale sanitario, che non sono necessariamente legate alla pandemia, ma che sono al centro della riforma approvata nel 2020 anche sull'onda del sentimento di gratitudine che si era diffuso nell'opinione pubblica verso queste categorie professionali.

Se si tiene conto del contesto in cui maturano si può comprendere come queste siano aggressioni in relazione alle quali il sindacato giuspenalistico può avere poco senso e quindi in relazione alle quali è innanzitutto importante che la procedibilità, per percosse o lesioni lievi che vengano integrate, torni ad essere a querela.

Anche per tale aspetto la stagione può essere favorevole: l'occasione per un ripensamento della disciplina potrebbe essere offerta proprio dall'attuazione della delega contenuta nel disegno di legge delega per l'efficienza del processo penale (A.C. 2435), in punto condizioni di procedibilità⁸⁴.

Le aggressioni fisiche hanno qualcosa in comune con le aggressioni giudiziarie ai danni del personale sanitario; sono facce diverse di un fenomeno unitario di delegittimazione del professionista della salute al quale negli ultimi anni abbiamo assistito quasi costantemente, ma l'ordinamento non può intervenire a senso unico, pur in un contesto ambientale parzialmente mutato.

Alle seconde, il sistema ha reagito creando, a favore dei sanitari, degli spazi liberi dalla risposta penale e non è da escludersi un loro possibile ampliamento; alle prime, il sistema ha reagito con lo strumento penale, ma sempre a favore dei sanitari: appesantendo la macchina, ma, spesso, senza un vero significato di giustizia⁸⁵.

Entrambe le categorie di risposte – prese da sole – sono insoddisfacenti, perché deresponsabilizzano la parte pubblica, le istituzioni che finiscono per non riconoscere la propria incapacità di prevenire⁸⁶, la propria corresponsabilità nel creare le condizioni per un servizio poco adeguato, soprattutto durante l'imperversare dell'emergenza sanitaria⁸⁷, e perché si disinteressano della dimensione della fiducia,

⁸⁴ La delega riguarda anche le condizioni di procedibilità dei reati contro la persona puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni. Nel disegno di legge per l'efficienza del processo penale (A.C. 2435), all'art. 1 co. 15, si prevede, infatti, che: «Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di condizioni di procedibilità, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, primo comma, del codice penale; b) prevedere l'estensione del regime di procedibilità a querela di parte a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni; prevedere che ai fini della determinazione della pena detentiva non si tenga conto delle circostanze, facendo salva la procedibilità d'ufficio quando la persona offesa sia incapace per età o per infermità».

⁸⁵ Cfr., per queste espressioni, pur in un diverso contesto, D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., par. 6.

⁸⁶ Come precisa L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, cit., 3, la prevenzione antecedente al verificarsi di eventi lesivi è soprattutto un fatto di programmazione, di organizzazione, di efficienza amministrativa.

⁸⁷ Cfr. M. Caputo, *Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit.,

della necessità di promuovere un clima di reciproca comprensione prestando attenzione alle radici del conflitto ed alla possibilità di una riparazione, di creare uno spazio di verità.

Proprio per evitare che i problemi del settore non siano affrontati dalle agenzie pubbliche con alcuno strumento oppure siano trasferiti in blocco sul terreno giudiziario con il rischio di “espansioni panpenalistiche”⁸⁸ o anche solo di nuove cause civili, che non sanno comunque risolvere alcunché visto che il processo non è capace di risanare le fratture che si sono drammaticamente aperte, ma approfondisce la separazione tra le parti ed aggrava la lacerazione dei legami sociali prodotta dalla condotta offensiva, io credo che, pur con i dovuti accorgimenti volti a tutelare la sensibilità delle vittime, si debbano sfruttare al massimo le potenzialità della giustizia riparativa in questo campo.

Con riferimento alla sola fase dell'emergenza pandemica, si può forse pensare a soluzioni eccezionali, come la creazione di una o più Commissioni speciali che si avvalgano di programmi riparativi ed operino anche a prescindere dall'attivazione di un procedimento penale e nelle ipotesi di archiviazione delle notizie di reato contro i sanitari, che dovrebbero diventare la regola; se invece si volge lo sguardo anche al momento dell'attesa uscita da questa fase, si può confidare nelle aperture alla giustizia riparativa che si profilano grazie alla riforma *in itinere* (disegno di legge A.C. 2435; A.S. 2353), che naturalmente si applicherà anche al settore di contenzioso che interessa i sanitari e i loro pazienti. Ci sembrerebbe tuttavia preferibile l'istituzionalizzazione di Commissioni specializzate che operino sia in situazioni fisiologiche che emergenziali su presupposti e con modalità analoghe a quelle delineate dal progetto elaborato dal CSGP; un progetto che, proprio per la sua specificità, merita di essere riconsiderato integralmente per i casi di responsabilità medica e che potrebbe essere ampliato, con i dovuti accorgimenti, per consentire alle Commissioni di intervenire anche nelle ipotesi di reato dovute ad aggressioni al personale sanitario, in origine non contemplate.

La *restorative justice*, in cui si sta dimostrando di credere nel delineare una riforma della giustizia penale di ampio respiro con istituti idonei a valorizzarla, deve diventare insomma lo strumento per eccellenza di una seria strategia complementare a quella tipicamente penale e più in generale a quella giurisdizionale nella gestione del conflitto tra sanitario e paziente; strategia imprescindibile per evitare di nascondere le lacerazioni ma, allo stesso tempo, per favorire – anche e soprattutto in questo campo

22.

⁸⁸ È questo il termine utilizzato da D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., par. 4.2.

– la ricostruzione di una nuova convivenza, di un clima di fiducia⁸⁹; di fiducia nel medico e, più in generale, nel sistema dell’assistenza pubblica.



⁸⁹ Come precisa M. Caputo, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., 26, «l’auspicio è che dall’esperienza traumatica del Coronavirus pazienti e curanti possano trarre la forza per scrivere insieme una pagina nuova e fondamentale dell’alleanza terapeutica, rivolgendosi compatti al legislatore per ottenere investimenti mirati nel settore della salute e del welfare in generale». Cfr. anche L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, cit., 27. In altri ordinamenti, del resto, alcuni esempi, ben precedenti alla pandemia, non mancano. In Francia, per esempio, la loi Kouchner (*loi n. 2002-303 du 4 mars 2002*), nel riformare il *code de la santé publique*, ha introdotto apposite procedure di composizione delle controversie (cfr. artt. L 1142-4 ss., recanti la disciplina della commissione incaricata della composizione stragiudiziale delle controversie che coinvolga chiunque si ritenga vittima di un danno imputabile ad un’attività di prevenzione, di diagnosi o di cura. La commissione regionale può avvalersi di mediatori esterni). Il Belgio, poi, indica, tra i diritti del paziente, quello di ricorrere alla mediazione: legge belga del 22.8.2002 relativa ai diritti dei pazienti (entrata in vigore il 6 ottobre del 2002). Cfr. art. 11: § 1er «*Le patient a le droit d’introduire une plainte concernant l’exercice des droits que lui octroie la présente loi, auprès de la fonction de médiation compétente. § 2. La fonction de médiation a les missions suivantes: 1° la prévention des questions et des plaintes par le biais de la promotion de la communication entre le patient et le praticien professionnel; 2° la médiation concernant les plaintes visées au § 1er en vue de trouver une solution; 3° l’information du patient au sujet des possibilités en matière de règlement de sa plainte en l’absence de solution telle que visée en 2°; 4° la communication d’informations sur l’organisation, le fonctionnement et les règles de procédure de la fonction de médiation; 5° la formulation de recommandations permettant d’éviter que les manquements susceptibles de donner lieu à une plainte, telle que visée au § 1er, ne se reproduisent*». In queste due realtà, però, le procedure speciali previste per la responsabilità medica sono pensate anche per le controversie civilistiche.