

**MALATTIE INFETTIVE, SALUTE E SVILUPPO:
IMPLICAZIONI ECONOMICHE E RISPOSTE GIURIDICHE.
(Atti di convegno, 14 dicembre 2022)**

**LA RILEVANZA DEI “FATTORI CONTESTUALI” AI FINI DELLA LIMITAZIONE
DELLA RESPONSABILITÀ COLPOSA DEL MEDICO.**

La pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*

di Laura Notaro

(Dottoressa di ricerca in diritto penale, Università di Pisa)

Sommario: 1. Il problema emerso in occasione dell'emergenza legata alla diffusione del SarsCov2: l'esigenza di una limitazione della responsabilità penale del medico alla luce delle peculiarità del contesto. – 2. Possibili risposte giuridiche nel dibattito dottrinale e negli interventi del legislatore. – 3. Proposte di riforma generale dello statuto penale dell'attività sanitaria. – 4. Uno sguardo al quadro comparato. – 5. Bilanci e interrogativi aperti.

1. La pandemia legata alla diffusione del virus SarsCov2 ha fatto emergere in termini drammatici il tema del rischio penale delle professioni sanitarie.

In tale peculiare contingenza, infatti, l'attività medica si è dovuta svolgere in un contesto di particolare difficoltà, per due ordini di fattori.

In primo luogo, dal momento che ci si trovava di fronte a una *malattia sconosciuta*, mancavano linee guida accreditate o buone pratiche consolidate a cui affidarsi nella scelta delle procedure da seguire. Gli operatori sanitari si sono quindi trovati costretti a utilizzare *farmaci e procedure sperimentali*, in assenza di qualsivoglia dato o studio sulla patologia da trattare.

In secondo luogo, il dilagare del contagio ha generato un *aumento improvviso della domanda di cura*, che si è dovuto scontrare con una *relativa scarsità di risorse materiali e umane*¹, in rapporto ai casi da trattare. Per fornire assistenza al sempre più alto

* Il testo riproduce, con note bibliografiche essenziali, i contenuti della relazione presentata nell'ambito del convegno conclusivo del Progetto di ricerca di Ateneo (PRA) 2020-2022 dell'Università di Pisa, dal titolo "Malattie infettive, salute, sviluppo: implicazioni economiche e risposte giuridiche", svolto a Pisa il 14.12.2022.

¹ Di recente, nelle more della pubblicazione del presente contributo, il legislatore ha introdotto una clausola di

numero di pazienti, è stato necessario impiegare *risorse umane qualitativamente inadeguate*: medici non specialisti o addirittura neolaureati “arruolati” sull’onda dell’emergenza. A ciò si aggiunga, peraltro, che i professionisti sanitari sono stati costretti a operare in condizioni di stress elevato, a causa dell’ingente carico di lavoro e dei turni prolungati che sono stati chiamati a sostenere per far fronte al crescente numero di pazienti e all’urgenza.

In questo quadro, è emersa con forza l’esigenza di dare rilevanza alle *peculiarità del contesto* emergenziale ai fini di una limitazione della responsabilità colposa del medico. In quel drammatico frangente, l’attualità aveva evidenziato, infatti, l’insufficienza degli strumenti giuridici previsti a livello normativo e l’inadeguatezza del diritto vivente.

Lo strumento normativo dell’art. 590-sexies Cp risultava, evidentemente, del tutto inadatto a fronteggiare il problema: la sua operatività, infatti, si fonda su un presupposto – l’esistenza di linee guida e buone pratiche consolidate – contrario, per definizione, rispetto a quello di fronte al quale si sono trovati a operare i sanitari nel corso della pandemia, in assenza di qualsiasi procedura diagnostica e terapeutica condivisa a cui affidarsi.

Anche i possibili strumenti interpretativi, quali il riferimento alla norma civilistica dell’art. 2236 Cc, come pure alle opposte teorizzazioni della misura soggettiva della colpa o della categoria generale dell’inesigibilità, risultavano scarsamente utilizzati dalla giurisprudenza.

2. Il dibattito dottrinale in materia non ha mancato di riaccendersi di fronte all’attualità della pandemia. Al di là delle diverse soluzioni proposte, l’orientamento metodologico comune è stato quello di fare ricorso alle categorie generali proprie della responsabilità colposa², senza la necessità di congegnare istituti di carattere

limitazione della responsabilità dell’operatore sanitario incentrata sulla carenza di risorse umane (cfr. l. 23.2.2024 n. 18, di conversione del d.l. 30.12.2023 n. 215). Secondo la nuova disposizione, «la limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall’articolo 3-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell’esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario». Per un commento a prima lettura, cfr. P. Piras, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in www.sistemapenale.it, 23.4.2024.

² Per chiare indicazioni in tal senso, cfr. R. Bartoli, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del Coronavirus”: problematiche e prospettive*, in www.sistemapenale.it, 24.4.2020, 13; M. Caputo, *Logiche e modi dell’esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in www.laegislazionepenale.eu,

eccezionale per far fronte alle circostanze emergenziali.

Per un verso, una parte della dottrina ha suggerito di fare riferimento al grado della colpa come confine del penalmente rilevante in ambito medico. A legislazione invariata, si potrebbe dare rilievo all'art. 2236 Cc anche in ambito penale, limitando la responsabilità colposa dei professionisti sanitari ai soli casi di colpa grave³, quando essi si siano trovati di fronte a problemi «di speciale difficoltà». *De iure condendo*, si è proposto di introdurre una clausola normativa di limitazione della responsabilità colposa in ambito medico, fondata su una nozione di colpa grave che tenga conto dei fattori di contesto.

Per altro verso, si è parlato di recuperare le teorie in materia di misura soggettiva della colpa o, in alternativa, la categoria generale dell'inesigibilità⁴.

Il legislatore, invece, sull'onda dell'emergenza, ha introdotto strumenti, quali quelli previsti dal d.l. 1.4.2021 n. 44, convertito con modificazioni dalla l. 28.5.2021 n. 76, presentati come “scudi penali” di natura eccezionale⁵: l'art. 3 del decreto-legge ha previsto una causa di limitazione della punibilità del medico vaccinatore⁶ e l'art. 3-bis, aggiunto in sede di conversione, ha inserito una clausola (temporanea) che limita ai soli casi di colpa grave la punibilità degli operatori sanitari per i fatti «commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza»⁷.

22.6.2020, 3.

³ Per alcune proposte in tal senso, sin dalle prime fasi della pandemia legata al virus SarsCov2, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 6; 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, 19; L. Riscato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25.5.2020, 9.

⁴ Auspica una «corretta valorizzazione degli elementi della colpa professionale e soprattutto del profilo soggettivo della colpa» M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitto contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 540.

⁵ In proposito, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 3.

⁶ Cfr. art. 3 del d.l. 44/2021, conv. dalla l. 76/2021: «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». In proposito, cfr. A. Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2: gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *RIML* 2021, 122 ss.

⁷ Cfr. art. 3-bis del d.l. 44/2021, come modificato dalla legge di conversione 76/2021: «1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020,

A ben vedere, sebbene tali norme appaiano confezionate *ad hoc* per la specifica emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Sars-Cov2 (la seconda addirittura configurata come norma temporanea, destinata ad applicarsi «durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe»), sembrerebbe trattarsi, in realtà, di strumenti niente affatto eccentrici rispetto alla logica generale della responsabilità colposa.

La clausola di cui all'art. 3-bis, in particolare, si avvale del grado della colpa al fine di perimetrare l'area di rilevanza penale delle condotte dell'operatore sanitario, la cui responsabilità colposa risulta limitata alle ipotesi di colpa grave. Particolarmente interessante è il secondo comma dell'articolo, che offre una definizione normativa di «colpa grave», che fa riferimento a una serie di “fattori contestuali” capaci di escludere la gravità della colpa⁸: a) la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto; b) la scarsità di risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare; c) il minore grado di specializzazione del personale impiegato per far fronte all'emergenza. Sembrerebbe trattarsi di elementi in grado di incidere sull'*esigibilità* in concreto del comportamento osservante.

3. Come si accennava, per la dottrina penalistica, la pandemia ha rappresentato un laboratorio⁹, un'occasione per sperimentare e discutere soluzioni a problemi generali dello statuto penale dell'attività sanitaria¹⁰, quando non – addirittura – di tutte le attività lecite¹¹. La sfida posta al penalista è quella di predisporre categorie generali «per far fronte *anche* alle situazioni di emergenza»¹².

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».

⁸ In proposito, cfr. C. Cupelli, *La colpa penale e la gestione penale dell'emergenza pandemica. Nuovi spunti per una riforma dell'art. 590-sexies c.p.*, in *disCrimen*, 28.4.2022, 11 ss.

⁹ Così M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomenti per una tesi*, Roma 2021, 149.

¹⁰ In termini analoghi, A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 15.

¹¹ Sul tema dell'estensione di forme di limitazione della responsabilità ad altri settori di attività, cfr. M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *EncDir*, I Tematici, vol. II, Milano 2021, 189.

¹² Così A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 375.

Un importante tentativo di costruire una proposta di respiro generale si può rinvenire nel secondo articolato presentato dal 3° Gruppo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale¹³, composto da Sergio Seminara, Domenico Pulitanò e Matteo Caputo.

Si trattava di una *clausola di limitazione della responsabilità del medico* alle ipotesi di *colpa grave*¹⁴, applicabile ai fatti «commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie», riconducibili alle fattispecie colpose che più frequentemente possono venire in rilievo nell'ambito dell'attività medica: omicidio colposo (art. 589 Cp), lesioni colpose (art. 590 Cp) e interruzione colposa di gravidanza (art. 593-bis Cp).

La definizione di colpa grave (co. 2) proposta dal Gruppo è articolata intorno a due fattori: *a)* una deviazione particolarmente rilevante dalle regole cautelari; *b)* la creazione di un rischio irragionevole concretizzatosi nell'evento¹⁵.

Vengono individuati, inoltre, in negativo, alcuni indici in grado di escludere la gravità della colpa (co. 3): *a)* la speciale difficoltà dei problemi affrontati; *b)* le condizioni di lavoro e risorse disponibili; *c)* il livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche; *d)* le motivazioni della condotta; *e)* la presenza di gravi carenze organizzative.

A sua volta, la carenza organizzativa grave è definita dagli autori della proposta (co. 4) attraverso il riferimento *a)* alla mancata adozione o inefficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi; *b)* alla creazione di un rischio incompatibile con un livello elevato di sicurezza delle cure.

¹³ Per un'analisi delle proposte del Gruppo, cfr. A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 353 ss.

¹⁴ Si riporta, per comodità di chi legge, il testo proposto dal Gruppo: «1. Se i fatti di cui agli articoli 589, 590 e 593-bis sono commessi nell'esercizio delle professioni sanitarie, la responsabilità penale è esclusa salvo che la colpa sia grave. 2. La colpa è grave quando la deviazione dalle regole cautelari è particolarmente rilevante e ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento. 3. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della speciale difficoltà dei problemi affrontati, delle condizioni di lavoro e delle risorse disponibili, del tipo di rischio da gestire e della concreta situazione operativa, del livello di esperienza e di conoscenze tecnico-scientifiche possedute, delle motivazioni della condotta, delle gravi carenze organizzative. 4. La carenza organizzativa è grave quando l'ente nel quale si svolge l'attività sanitaria non ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, idonei a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi, e ha creato un rischio incompatibile con l'osservanza di un livello elevato di sicurezza delle cure».

¹⁵ Si veda la nozione di colpa grave proposta dalla Commissione Pisapia nel 2006 (art. 13 co. 1 lett. e dell'articolato), secondo il quale la colpa è grave «quando, tenendo conto della concreta situazione psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili».

In sostanza, secondo l’efficace rappresentazione sintetica offerta in dottrina da Andrea Perin, la nozione di colpa penale rilevante in ambito sanitario richiederebbe, oltre alla violazione di una regola cautelare, un «*quid pluris* di gravità penale»¹⁶, costituito dalla rilevanza della deviazione dalla regola, dalla produzione di un rischio irragionevole e dall’*esigibilità contestuale*.

4. È intorno al concetto di colpa grave, dunque, che sembrerebbero ruotare le più recenti e autorevoli proposte che hanno ipotizzato possibili tecniche di limitazione della responsabilità penale del medico, capaci di tenere conto dei fattori contestuali incidenti sulla concreta *esigibilità* del comportamento conforme alla regola cautelare.

Può risultare utile, pertanto, gettare uno sguardo agli ordinamenti stranieri che fanno leva sul grado della colpa per delimitare – oltre che graduare – la responsabilità colposa.

Non sono poche, infatti, le esperienze giuridiche che danno rilievo alla gravità della colpa per delineare il perimetro della responsabilità penale. In molti contesti ordinamentali, peraltro, una valorizzazione del grado della colpa in senso delimitativo dell’area del penalmente rilevante può osservarsi anche al di fuori dell’ambito sanitario.

Negli ordinamenti legati alla tradizione di *common law*, come quelli di Inghilterra e Stati Uniti, si può constatare, infatti, una rilevanza *generale* del grado della colpa come confine della responsabilità penale¹⁷.

In Spagna, la Ley n. 1/2015 ha sostituito il previgente binomio «*imprudencia grave/leve*» con una nuova classificazione che vede, da un lato, una «*imprudencia grave*» e, dall’altro lato, una «*imprudencia menos grave*». Con tale riforma, secondo la lettura prevalente, il legislatore avrebbe realizzato una depenalizzazione delle ipotesi *minori* di «*imprudencia leve*»¹⁸. Pertanto, ad oggi, il grado della colpa assume un duplice ruolo sul piano della qualificazione giuridica dei fatti: oltre a costituire l’elemento differenziale tra alcune fattispecie¹⁹, caratterizzate dalla sussistenza di una

¹⁶ In questi termini A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *Rivista di Biodiritto* 2022, 369.

¹⁷ In proposito, nella dottrina italiana, cfr. A. Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *IP* 2004, 733 ss.; M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit., 187.

¹⁸ In proposito, cfr. A. Daunis Rodriguez, *La imprudencia menos grave*, in *InDret* 2018, 29 ss.

¹⁹ È il caso dell’art. 142, in materia di omicidio colposo, e dell’art. 152, in materia di lesioni colpose.

imprudencia grave o *menos grave*²⁰, il grado della colpa sembrerebbe infatti disegnare il confine della responsabilità penale, sulla base della distinzione tra *imprudencia menos grave* e *imprudencia leve*.

In Austria, è stata introdotta una definizione generale di colpa grave (*grobe Fahrlässigkeit*), che sembra fondarsi sul carattere «non comune» (*ungewöhnlich*) e «vistoso» (*auffallend*) dell'inosservanza della regola cautelare, vale a dire sulla sua gravità, data dalla distanza tra il comportamento osservante richiesto dalla norma violata e quello colposo posto in essere²¹.

La colpa grave, così definita, risulta avere, nell'ordinamento austriaco, almeno due spazi di rilevanza sul piano della qualificazione giuridica dei fatti: a livello generale, il grado della colpa consente di distinguere i reati di *omicidio gravemente colposo* (§ 81, Abs. 1 StGB)²² e di *lesioni gravemente colpose* (§ 88, Abs. 3-4 StGB)²³ dalle corrispondenti fattispecie generali di omicidio colposo e lesioni colpose; con specifico riferimento all'attività medica, inoltre, il grado della colpa rappresenta il confine della rilevanza penale, a seguito della reintroduzione di una limitazione della responsabilità penale del personale sanitario (§ 88 Abs. 2, n. 3 StGB), che si applica nelle ipotesi di lesioni *non gravi*, in presenza di *colpa non grave* (*nicht grobe Fahrlässigkeit*)²⁴.

In Germania, può segnalarsi la figura della *Leichtfertigkeit*²⁵, termine che può tradursi come “sconsideratezza” e che può esser fatta coincidere, nella sostanza, con la nozione di colpa grave, alla luce della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* che la

²⁰ Sul punto, cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, X ed., Barcelona 2016, 296, nt. 13.

²¹ Cfr. § 6 StGB austriaco, come modificato da una riforma del 2015: «*wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war*».

²² Cfr. § 81, Abs. 1 StGB austriaco: «*Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) den Tod eines anderen herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen*».

²³ Cfr. § 88, Abs. 3-4 StGB austriaco: «*3. Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) oder in dem in § 81 Abs. 2 bezeichneten Fall einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. 4. Hat die Tat nach Abs. 1 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Hat die Tat nach Abs. 3 eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) zur Folge, ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, hat sie jedoch eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) einer größeren Zahl von Menschen zur Folge, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen*».

²⁴ Cfr. § 88 StGB austriaco: «*Handelt der Täter nicht grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) und ist 1. die verletzte Person mit dem Täter in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert oder sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, sein Bruder oder seine Schwester oder nach § 72 Abs. 2 wie ein Angehöriger des Täters zu behandeln, 2. aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt oder 3. der Täter ein Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes und die Körperverletzung in Ausübung seines Berufes zugefügt worden, so ist der Täter nach Abs. 1 nicht zu bestrafen*».

²⁵ In argomento, nella dottrina italiana, cfr. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 347 ss.

definisce attraverso il riferimento alla particolare gravità della violazione della regola cautelare²⁶.

Nel codice penale tedesco, la *Leichtfertigkeit* viene in rilievo o come coefficiente di imputazione soggettiva dell'evento aggravatore in alcune fattispecie di reato aggravate dall'evento²⁷, o come limite della rilevanza penale di alcune fattispecie colpose²⁸.

Con riferimento al dibattito tedesco, inoltre, può ricordarsi la proposta dell'*Alternativ-Entwurf* (§ 16, Abs. 2), che suggeriva di escludere, a livello generale, la punibilità della colpa lieve (*gering fahrlässiges Verhalten*).

5. Non resta che tentare di tratteggiare, a questo punto, alcune osservazioni di sintesi, seppur sommarie e provvisorie, a partire da quanto ricordato nei paragrafi che precedono, nell'ottica di individuare alcune domande aperte che occorre affrontare nell'ambito del dibattito in corso all'interno della dottrina penalistica.

Come si è visto, la pandemia ha evidenziato l'esigenza di dare rilevanza ai *fattori contestuali* ai fini di una limitazione della responsabilità colposa in ambito medico che possa funzionare (anche) di fronte a situazioni di emergenza.

Di fronte al problema di quale collocazione sistematica dare a tali fattori – vale a dire, la questione di quale strumento tecnico-giuridico utilizzare per farvi fronte – si è registrata una rinnovata spinta alla valorizzazione del *grado della colpa*, attraverso una limitazione della responsabilità del medico ai casi di colpa grave: oltre al “laboratorio normativo” dell'art. 3-bis d.l. 44/2021, che introduceva una norma temporanea di esclusione della responsabilità dell'operatore sanitario in presenza di una serie di fattori tali da elidere la gravità della colpa, si segnalano le proposte dottrinali volte all'introduzione di una clausola (permanente) di limitazione della responsabilità penale in ambito medico fondata sui fattori di contesto.

Nella norma temporanea del 2021, così come nell'ipotizzata riforma, il fattore contestuale (*incidendo sull'esigibilità della condotta osservante*) escluderebbe la gravità della colpa e, con essa, la responsabilità penale dell'operatore sanitario.

²⁶ Cfr. BGH, Urteil vom 01.07.2010, Az.: I ZR 176/08: «*ein besonders schweren Pflichtverstoß, bei dem der Handelnde sich in krasser Weise über die gebotene Sicherheit hinwegsetzt*».

²⁷ Ad esempio, in caso di morte seguita alla commissione dei reati di violenza sessuale e stupro (§ 178 StGB), incendio doloso (§ 306c StGB) o rapimento a scopo di estorsione (§ 239a, Abs. 3 StGB) o di aborto con conseguente morte della donna (§ 218, Abs. 2 StGB).

²⁸ Ad esempio, le fattispecie di rivelazione di segreto di Stato (§ 97, Abs. 2 StGB), riciclaggio (§ 261, Abs. 6 StGB), truffa in sovvenzioni pubbliche (§ 264, Abs. 5 StGB).

Facendo un passo indietro, pare opportuno chiedersi, anzitutto, se la nozione di “grado della colpa” sia effettivamente chiara e condivisa.

Secondo la nozione rinvenibile nella dottrina italiana²⁹, il grado della colpa dipenderebbe da due fattori: *a)* il *quantum* di divergenza (tra comportamento tenuto e comportamento osservante); *b)* il *quantum* di esigibilità (dell’osservanza).

Entrambi gli elementi sembrano trovare spazio nella nozione di “colpa grave” ricavabile dalla proposta dall’AIPDP, che fa esplicito riferimento alla misura della violazione della regola cautelare e menziona poi, per escludere la gravità della colpa, una serie di fattori che possono ricondursi al piano dell’esigibilità del comportamento osservante (per esempio, le condizioni di lavoro, le risorse disponibili o la speciale difficoltà dei problemi affrontati). La nozione di grado della colpa inclusa nella proposta della Commissione Pisapia del 2006 sembrava dare prevalente rilievo alla divergenza tra comportamento tenuto e comportamento osservante³⁰, ma richiedeva comunque che questa fosse valutata tenendo conto «della concreta situazione psicologica dell’agente».

Nell’ordinamento spagnolo, mentre una parte della giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e della dottrina tendono a riferirsi alla divergenza tra comportamento tenuto e comportamento doveroso³¹, vale a dire al *quantum* dell’inosservanza, un diverso orientamento riconduce il grado della colpa al carattere più o meno elementare della norma cautelare violata³², quindi al *quantum* di esigibilità: tanto più elementare è la regola violata, quanto più esigibile è la condotta doverosa³³.

Le nozioni di colpa grave che possono rinvenirsi nel codice penale austriaco e nella giurisprudenza tedesca, invece, sembrerebbero fare riferimento al solo *quantum* di divergenza.

Stando a tale sommaria panoramica comparatistica, non solo parrebbe mancare una nozione di grado della colpa sufficientemente condivisa nei diversi ordinamenti, ma nemmeno nel contesto italiano potrebbe affermarsi un chiaro consenso al riguardo.

²⁹ In argomento, cfr. T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *RIDPP* 1969, 819 ss.; G. Fiandaca-E.Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 603; M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16.12.2021, 7 ss.

³⁰ Nello stesso senso, in dottrina, cfr. G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2021, 407.

³¹ A. Daunis Rodriguez, *La imprudencia menos grave*, cit., 2 ss.; J. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general*, vol. II, VI ed., Madrid 2004, 176; F. Muñoz Conde-M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, IX ed., Valencia 2015, 308; J.A. Choclán Montalvo, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona 1998, 81.

³² Cfr. S. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., 296.

³³ In proposito, nella dottrina italiana, P.F. Poli, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *RIDPP* 2018, 911.

Un secondo interrogativo da affrontare è quello relativo al rapporto tra il grado della colpa e gli altri mezzi tecnico-giuridici chiamati a far fronte all'esigenza, dianzi segnalata, di dare rilevanza ai “fattori contestuali” ai fini di un contenimento della responsabilità colposa. Con ciò ci si vuole riferire agli strumenti che consentono di valorizzare i fattori contestuali ai fini dell'esclusione *tout court* della colpevolezza colposa, vale a dire, per un verso, l'esclusione della c.d. misura soggettiva e, per altro verso, il riconoscimento di una categoria generale dell'inesigibilità, dotata di efficacia scusante³⁴. La domanda che sembra necessario quantomeno porsi è la seguente: laddove il fattore contestuale intacchi l'esigibilità del comportamento osservante, non verrebbe già a mancare *del tutto* la colpevolezza colposa, senza bisogno di ricorrere al più favorevole criterio di imputazione soggettiva della colpa grave per escludere la rilevanza penale del fatto?

Una terza questione che sembrerebbe utile considerare è quella riguardante il momento in cui opera il “fattore contestuale”³⁵.

Prendendo come esempio l'elemento di contesto dato dalla “speciale difficoltà dei problemi affrontati”, ci si può chiedere, infatti, se questo operi *a)* a monte, quale *presupposto* che fa “scattare” il più favorevole criterio di imputazione della sola colpa grave, come nell'art. 2236 Cc, che presuppone “problemi di speciale difficoltà”; oppure *b)* a valle, quale fattore che *incide* sull'esigibilità escludendo la gravità della colpa, come nella definizione normativa del 2021 e in quella dell'AIPDP, o, secondo altra prospettiva, quale elemento che esclude la colpa *tout court* (per inesigibilità in concreto del comportamento osservante o per assenza della c.d. misura soggettiva, a seconda dell'impostazione sistematica cui si aderisce).

Resta aperta, infine, la questione di politica criminale relativa all'opportunità di prevedere statuti differenziati della colpa³⁶ e all'ambito di applicazione di eventuali forme di limitazione della responsabilità penale colposa: si tratta di scegliere se circoscrivere tale particolare statuto all'ambito medico, se estenderlo ad altri settori di attività³⁷ oppure conferirgli portata generale.

³⁴ In proposito, cfr. G. De Francesco, *In tema di colpa. Un giro d'orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.2.2021, 21 ss.

³⁵ Per una riflessione sulla «doppia valenza» del contesto in cui il sanitario è chiamato a operare, cfr. G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in www.sistemapenale.it 2020, 15.

³⁶ In argomento, A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, cit., 373 ss.

³⁷ Per una riflessione al riguardo, cfr. M. Caputo, *Colpa medica*, in *EncDir*, I Tematici, vol. II, Milano 2021, 189.