

ANALISI ESTESA

“SCUDO PENALE” PER I SANITARI. NELLO STATO DI EMERGENZA SI COLGA L'OCCASIONE PER FORMULARE UNA NORMA GENERALE EFFICACE, EVITANDO I FRETTOLOSI PALLIATIVI FORMULATI NELL'ART. 3 DEL D.L. 44/2021.

La “vicenda AstraZeneca”, al di là dell'assai discutibile gestione, ha determinato il rinfocolarsi e il moltiplicarsi delle discussioni inerenti la tutela dei medici e dei sanitari in genere (vista la chiamata generale all'impegno di tutti) dall'eventuale imputazione di responsabilità penali, con particolare riferimento agli eventi avversi che potessero in qualche modo essere indicati come passibili di correlazione con l'esecuzione di vaccinazioni per la prevenzione del Covid-19, ma anche e più in generale ove riferibili, pure in via ipotetica, a tutte le attività, anche di cura, inerenti i quadri patologici presenti nella stessa Covid-19, come del resto ormai da tempo richiesto.

La necessità di una tutela efficace è cresciuta in modo speculare al peso sopportato dai sanitari nella situazione vissuta: combattono da oltre un anno una malattia virale subdola e mai conosciuta prima, in grave carenza di personale, DPI, mezzi di cura e prevenzione in genere, dovendo lavorare anche fuori degli ambiti specialistici di competenza e dovendo assumere decisioni importanti senza il supporto di alcuna conoscenza consolidata.

Se tale è la necessità, divenuta ineludibile, ma ancora una volta rimasta inevasa nel testo dell'art. 3 del D.L. 44/2021 testé approvato, quanto al merito del cd. “Scudo penale” il problema invero non è, o - meglio - non è soltanto, quello dell'imputabilità ovvero dell'imputazione in sé del sanitario, ma risiede, ancor prima, nel momento in cui, dato l'evento avverso, vengano iscritti nominativamente al registro generale delle notizie di reato - RGNR tutti i sanitari, e non solo (!) la cui presenza sia ascrivibile, a qualunque titolo, alla complessiva procedura all'esito della quale si è prodotto l'evento indesiderato.

Difatti il sanitario del SSN, data la normativa di legge e contrattuale vigente (in specie talune previsioni disciplinari indubbiamente malaccorte come il contesto attuale evidenzia) sui trova a dover assumere in autonomia le proprie difese; dovendo infatti informare l'amministrazione sanitaria di appartenenza che, adducendo il conflitto di interesse ex art. 67 CCNL 19/12/2019, come ogni amministrazione tende a fare se appena l'ipotetico illecito può dirsi passibile di nocimento, anche solo d'immagine, per l'azienda sanitaria, accorderà il patrocinio delle difese solo nella cosiddetta forma indiretta (rimborso delle spese legali a proscioglimento passato in giudicato, e solo nella misura pari al minimo del tariffario forense); potendo aprire eventualmente e pure un procedimento disciplinare dall'esito medio tempore perfino indipendente dall'azione penale (!). Insomma, il sanitario viene coinvolto in un girone infernale a causa del quale la sua serenità lavorativa viene compromessa sempre, se non per sempre, con ulteriore e particolare effetto e gravità nell'attuale situazione di emergenza sanitaria. Una situazione nella quale appare evidente come il sanitario debba potersi non trovare, senza tuttavia che da ciò possa derivare una qualsivoglia garanzia rispetto all'ordinaria applicazione della legge penale nei confronti di persona che risultasse veramente colpevole di un danno punito da tale legge.

In sede parlamentare risultava e risulta tuttora in corso di valutazione una proposta tendente alla formulazione di una norma che escluderebbe la configurabilità dei reati di cui agli articoli 589 c.p. (omicidio colposo), 590 c.p. (lesioni personali), 590 sexies c.p. (responsabilità colposa in ambito sanitario) qualora

l'evento avverso dannoso fosse conseguenza della somministrazione di un vaccino per la prevenzione della malattia Covid-19. Senonché, con improvvisa accelerazione, il Governo ha testé approvato il DL 44 che all'art. 3 detta disposizioni sulla "Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2". Ma, come già riportava il Corriere della Sera del 29/3/21 (Giovanni Bianconi), *"L'Ordine dei medici avrebbe voluto che lo «scudo» non fosse limitato alle vaccinazioni, e si estendesse anche alla cura dei malati di coronavirus"*. Richiesta assai condivisibile e tuttavia, aggiunge il Corriere, *"Richiesta non accolta, e così i tecnici del ministero guidato da Marta Cartabia hanno confezionato una norma che prevede di riservare le conseguenze penali alla sola «colpa grave», qualora dalla somministrazione delle dosi derivassero i reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale: omicidio colposo e lesioni colpose"*. Sicché, oltre a non essere stato considerato un possibile intervento sulle previsioni di cui all'art. 590 sexies in ragione delle criticità determinate dall'emergenza attuale nell'applicazione dello stesso, continua il Corriere evidenziando che *"Questa garanzia, in ogni caso, non impedirà lo svolgimento delle indagini (e dunque l'iscrizione sul registro degli indagati, se il magistrato la riterrà necessaria), ma per valutare la responsabilità bisognerà tenere conto — tra l'altro — di diversi fattori: la situazione organizzativa e logistica nella quale è avvenuta la vaccinazione, la disponibilità effettiva di strutture e personale, le pregresse condizioni di salute di chi riceve la dose, la preparazione dell'operatore, le esigenze di urgenza e indifferibilità, le linee guida indicate dall'Agenzia italiana del farmaco"*.

La nuova norma è un pannicello caldo che non soddisfa. Si è certamente avveduto di ciò il Ministro Speranza che, di fronte al malcontento immediatamente esternato dalla Categoria, ha immediatamente segnalato la possibilità di apportare integrazioni (del tutto ed ampiamente auspicabili) in sede di conversione del decreto. Il quale non tutela i sanitari come necessario: non li tutela nel momento attuale, fondamentalmente non più di quanto la legge già li tutelasse, specie considerando gli aspetti legati all'avviamento dell'azione penale che costituisce, si deve sottolineare, il momento in cui il sanitario perde, per tempi lunghi e in modo devastante, quella serenità senza la quale diventa assai probabile la genesi di un rovinoso moltiplicatore del danno al sistema; e tanto meno li tutela in via generale.

Dunque se, secondo le previsioni ora dettate dal citato articolo, nulla cambia in riferimento alla fase di accertamento del nesso causale, poiché resterà inevitabile coinvolgere gli stessi sanitari nei deostruenti modi sopra indicati, resta peraltro chiaro che non sarebbe in ogni caso possibile escludere in via generale l'imputabilità del sanitario laddove, in presenza del succitato nesso causale (vaccino/cura-danno), il sanitario risultasse agente determinante tale nesso (ad esempio, proprio nel caso dei vaccini, per errore nell'anamnesi ovvero nella valutazione in sede di "triage").

Occorre allora ripartire dalla distinzione fra correlazione e nesso causale, in particolare scindendo adeguatamente la responsabilità del sanitario, così che possa essere coinvolto quando, e solo quando, la sua condotta risultasse essere stata concretamente determinante il nesso causale stesso. E, per evitare l'estrema e perciò inopportuna focalizzazione solo sul momento vaccinale "Covid-19", rendendo la norma capace di agire in quei termini di generalità e astrattezza che l'ordinamento richiede, intervenendo anche al di là di tale momento, occorre un'ulteriore considerazione.

I vaccini per la prevenzione della malattia Covid-19 sono stati autorizzati in sede europea dall'EMA secondo una procedura non ordinaria, la cosiddetta CMA, e conseguentemente in sede nazionale dall'AIFA (*l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata - CMA è un procedimento che riduce notevolmente i tempi normali di valutazione, continuando a garantire i principi di qualità, sicurezza ed efficacia; segue quindi un quadro solido e controllato e fornisce garanzie che un'autorizzazione di*

emergenza potrebbe non offrire. Le autorizzazioni per l'uso di emergenza sono consentite dalla legislazione farmaceutica dell'UE ma un'autorizzazione per l'uso di emergenza, normalmente richiesta da un Paese membro UE, consente soltanto l'uso temporaneo di un medicinale a determinate condizioni, e purché si verifichino circostanze di emergenza; sicché, contrariamente a quanto avviene nel caso di un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata, il medicinale resta non autorizzato e non può essere immesso sul mercato - sintesi dalle "faq" in "<https://ec.europa.eu/commission>". Ma in ogni tempo possono esservi altri farmaci autorizzati in via non ordinaria (come sopra) e comunque utilizzati, ovvero anche procedure sanitarie, di prevenzione, terapeutiche, cliniche e/o chirurgiche, adottate analogamente "in via d'urgenza"; sicché diviene ragionevole immaginare una tutela che, in via generale, si rivolga a tali fattispecie. Ciò andrebbe immediatamente incontro alle richieste di estensione delle tutele anche rispetto agli eventi avversi legati alle cure prestate ai malati di Covid-19. Ma, viceversa, a nulla varrebbe ciò qualora non si provvedesse ad evitare il cortocircuito di fatto innestato dal decreto; che, attualmente, risulta aver lasciato a parte l'art. 590 sexies giacché lo stesso esonera da responsabilità penale per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. gli esercenti le professioni sanitarie che abbiano rispettato le raccomandazioni previste da linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali; "best practices" che però, proprio nel caso del Covid (cure e vaccinazioni), non esistono o comunque non hanno alcun consolidamento data l'incertezza scientifica correlata alla nuova malattia e al continuo mutare del quadro epidemiologico. E dunque, che senso ha non intervenire sull'art. 590 sexies e tuttavia escludere la punibilità quando la pratica sanitaria (peraltro limitata a quella vaccinale nel decreto) sia conforme alle indicazioni contenute nei provvedimenti autorizzativi di vaccini o farmaci la cui autorizzazione è un continuo "divenire", ovvero contenute in Circolari o raccomandazioni in continua modificazione proprio a causa dell'emergenza urgenza nel cui contesto si susseguono?

In definitiva si propone perciò di valutare, come di maggiore efficacia, una norma di legge, che, senza intervenire sul codice penale, e andando a costituire un efficace "addendum" alla vigente legge n. 24/2017 - cd. "Gelli" - i cui destinatari sono già tutti gli esercenti le professioni sanitarie, delinei un metodo da seguire obbligatoriamente in tutti i casi dianzi indicati (procedure sanitarie, preventive, terapeutiche, cliniche e/o chirurgiche, adottate "in emergenza" ovvero "in via d'urgenza"; in modo tale che il sanitario venisse coinvolto soltanto al momento in cui vi fossero elementi consistenti in quanto indicativi di una sua condotta effettivamente determinante il nesso causale (non una correlazione) fra la pratica incriminata e il danno che dalla stessa risultasse causato alla persona, ovvero il coinvolgimento risultasse necessario ad effettiva garanzia del sanitario stesso.

In tale direzione, dati i principi e presupposti su enunciati, sarebbe auspicabile una norma, meno pleonastica e ben più organica di quanto frettolosamente prodotto, per tutte le fattispecie sanitarie emergenziali o straordinarie o d'urgenza su indicate (tutte, di prevenzione, terapeutiche, cliniche e/o chirurgiche), e dunque formulata in via più generale e "astratta", come d'uopo, la quale non solo definisse i casi di non punibilità tenendo conto dei contesti di cui si tratta, ma che, specie in tali contesti, indicasse:

- la necessità di coinvolgere il sanitario, solo dopo un'apertura del fascicolo "contro ignoti", quando lo stesso dovesse poter esercitare il diritto di difesa in relazione ad accertamenti effettivamente irripetibili; ovvero, in assenza di tale eventualità e trascorso il tempo concesso per le indagini contro ignoti (Art. 415 c.p.p. come modificato dalla L. 479/1999 e tenuto conto delle sentenze gemelle nn. 13040-13041/2006 SS.UU. Cassaz. Penale), soltanto qualora chiare evidenze di responsabilità del sanitario stesso, quale agente determinante il danno, dovessero comportarne l'effettivo coinvolgimento quale indagato, tenuto in

ogni caso adeguatamente conto della succitata peculiarità delle procedure che risultassero effettivamente all'origine dell'evento avverso;

- stringenti limiti alla pervasività del procedimento, ove il sanitario venisse in definitiva necessariamente indagato, in termini di comunicazione e di ogni altra azione ed atto correlato; .
- che, al fine di contenere, come sopra, la pervasività del procedimento, la notizia del medesimo debba essere data all'Amministrazione soltanto nel caso di ipotesi ricadenti nei "delitti contro la pubblica amministrazione", e che la notizia debba essere tenuta in ogni caso strettamente riservata, di tal che alla stessa Amministrazione sia in ogni caso impedito di aprire qualsivoglia procedimento disciplinare nei confronti del sanitario, fino all'esito definitivo del procedimento penale; sicché, solo in caso di condanna passata in giudicato, i termini per l'eventuale esercizio dell'azione disciplinare, ai sensi del D.lgs. 165/2001, decorrano a partire soltanto da detto esito;
- che, al medesimo summenzionato fine, ed al contrario dell'attuale ordinarietà, vi fosse l'obbligo per l'Amministrazione di concedere il patrocinio diretto al sanitario in ultimo comunque coinvolto, con possibilità per il sanitario di scegliere il legale, il quale possa altresì richiedere onorari corrispondenti al tariffario forense (medio e non minimo), con rivalsa dell'Amministrazione, per le spese legali sostenute, soltanto nel caso di condanna passata in giudicato.

Lasciando alla specifica competenza del legislatore la migliore formulazione del dettato normativo specifico, si auspica quindi che, già in sede di conversione, una norma migliore possa effettivamente tutelare i sanitari secondo i principi che qui si è ritenuto porre all'attenzione in quanto ritenuti capaci di soddisfare la complessiva esigenza di tutela del sanitario, come ora nuovamente in discussione.