I COMPENDI
superiori

Compendio di DIRITTO PENALE Parte Generale

Aggiornato a:

- **L. approvata in data 23 settembre 2021** (non ancora pubblicata in GU), *in materia di riforma del processo penale*
- **D.l. 8 settembre 2021, n. 120**, *recante "Disposizioni per il contrasto degli incendi boschivi e altre misure urgenti di protezione civile"*
- **L. 28 maggio 2021, n. 76**, conversione in legge, con modificazioni, del **decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44**, *recante "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici"*
- **D.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9**, *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea*

Edizione a cura di **R. Tartaglia**

IX edizione 2021-2022

Neldiritto Editore

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI OTTOBRE 2021 DA:
Torgraf srl
Galatina (LE)

© NELDIRITTO EDITORE srl, Via San Francesco d'Assisi, n. 51 - 70056 Molfetta
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

ISBN **978-88-3270-855-4**

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

L'autore e l'editore declinano, pertanto, ogni responsabilità, anche in relazione all'elaborazione dei testi normativi e per eventuali modifiche e/o variazioni degli schemi e delle tabelle allegate.

L'autore, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non risponde di eventuali danni derivanti dai dati e delle notizie ivi contenute.

L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari errori o refusi di stampa.

I lettori che desiderano essere informati sulle novità di Neldiritto Editore possono visitare il sito web shop.enneditore.it o scrivere a info@neldiritto.it

un cumulo di garanti in relazione allo stesso bene giuridico, come accade invece nella delega di funzione, ma una sostituzione del garante originario con un garante derivato che assume su di sé gli obblighi impeditivi.
La posizione di garanzia si trasferisce al cessionario con liberazione del cedente in forza di una fonte formale, quale la legge o il contratto, che consenta il trasferimento dei poteri giuridici di cui il garante originario è titolare. Il medico ospedaliero il quale cessa il turno di lavoro passando le consegne al collega del turno successivo e così trasferendogli la titolarità della posizione di garanzia relativa ai pazienti ricoverati nel reparto è quindi esonerato da ogni responsabilità per gli eventi lesivi, conseguenti alla condotta colposa del collega del turno successivo. Infatti, chi cede un'attività non inficiata da inosservanze cautelari può legittimamente invocare il **principio di affidamento**, non essendo sufficiente a fondare la responsabilità penale la sola prevedibilità della commissione di fatti colposi da parte di terzi auto-responsabili.
L'ordinamento non riconosce tuttavia alcun rilevo al principio di affidamento allorché l'attività trasferita sia già inficiata dalla violazione di regole cautelari. È il caso del medico che, all'interno del reparto ospedaliero, cessato il turno, abbia violato determinate norme cautelari confidando che, con il passaggio delle consegne al collega di turno, siano eliminate le violazioni e possa essere posto rimedio alle conseguenze colpose già estrinsecatasi. Sarà necessario verificare se e in che termini abbia rilevanza penale l'errore diagnostico o terapeutico realizzato dal garante uscente, ove emerga che, a seguito della successione nell'obbligo di garanzia, lo stesso abbia compromesso le condizioni di salute del paziente.
Sul punto, prevale in giurisprudenza una soluzione ispirata al **principio della c.d. continuità delle posizioni di garanzia** secondo la quale il sanitario che ha colposamente innescato un fattore di rischio, perdendo successivamente il controllo del bene protetto, rimane garante della sua incolumità e risponde degli eventi lesivi che si sono verificati a causa del mancato rispetto, anche da parte del successore, delle *leges artis*.

3.1.3. Responsabilità medica e contrasto all'epidemia da Coronavirus: la L. 28 maggio 2021, n. 76.

L'epidemia da Coronavirus che ha colpito, nel corso del 2020, il mondo intero ha posto gli studiosi del diritto penale di fronte a nuovi interrogativi, che hanno alimentato la discussione sulla delimitazione della responsabilità penale degli esercenti professioni sanitarie. Tra le numerose le problematiche insorte, possono essere individuati tre importanti criticità: la configurabilità della colpa per assunzione in capo a coloro che siano intervenuti pur non avendo le qualifica specialistica necessaria all'intervento; il problema del c.d. conflitto di doveri nelle ipotesi di impossibilità di tempestivo soccorso a più pazienti contemporaneamente; la tenuta dei principi espressi dalle Sez. Un. Mariotti (*Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770*) nel contesto emergenziale.
Quanto al primo profilo, deve rilevarsi come moltissimi ospedali, a causa della drammatica carenza di organico di cui ha sofferto l'intero sistema sanitario nazionale, abbiano atto ricorso a professionisti non dotati del necessario livello di specializzazione. Ci si è chiesti, dunque, se sia possibile configurare, in capo a costoro, una sorta di colpa per assunzione del rischio. Il problema si è posto perché si è trattato, in ogni caso, del ricorso a personale privo delle necessarie competenze tecniche nei settori maggiormente interessati nella gestione del

virus (principalmente i reparti di pneumologia, malattie infettive, anestesia e rianimazione) *su base volontaria*. È stato paventato il rischio di affermare la penale responsabilità di quanti abbiano volontariamente assunto il rischio di cagionare eventi lesivi, avendo violato una regola cautelare prudenziale, e cioè quella che impone di astenersi dal compimento di una determinata attività ove non si sia dotati delle peculiari abilità tecniche necessarie al suo svolgimento. È evidente, tuttavia, che la rimproverabilità di tali medici andrebbe esclusa, poiché il loro coinvolgimento, pur in assenza della richiesta qualificazione specialistica, è stato determinato dalla necessità di prevenire il verificarsi di eventi avversi non altrimenti fronteggiabili per la carenza di altro personale disponibile in quel momento.
Il secondo profilo critico menzionato ha riguardato il c.d. conflitto di doveri. La mancanza di risorse sufficienti ha spesso posto gli operatori sanitari dinanzi al problema di scegliere chi curare per primo o addirittura non curare (la tragica decisione ha riguardato, ad esempio, chi includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione etc.). Si deve segnalare che le incertezze giuridiche sono state acuite dalla sensibile differenza di contenuti intercorrente tra due documenti non legislativi emessi durante la pandemia. Si tratta delle raccomandazioni della SIAARTI (Società Italiana Anestesia, Anelgesia, Rianimazione e Terapia intensiva) e di quelle del CNB (Comitato Nazionale per la Bioetica), volte ad orientare gli operatori sanitari nelle scelte riguardanti l'ammissione ai trattamenti sanitari.
Mentre nelle "*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*", pubblicate il 6 marzo 2020 dalla SIAARTI, non è stata esclusa la possibilità di fare ricorso a "*criteri di accesso alle cure intensive (e di dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate*", condizioni che potrebbero anche rendere necessario "*porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva*", in una logica che privilegi la "*maggiore speranza di vita*", nel parere dell'8 marzo 2020 del CNB ("*Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del 'triage in emergenza pandemica")* si è data prevalenza al c.d. "*criterio clinico*", ritenuto il più adeguato per scegliere come allocare le risorse a disposizione, ritenendo ogni altro criterio "*eticamente inaccettabile*".
Quanto, infine, alla tenuta del complessivo sistema della responsabilità medica, così come delineato dall'addentellato normativo codicistico e dall'interpretazione dell'art. 590 *sexies* c.p. fornita dalla giurisprudenza di legittimità, deve osservarsi che gli studiosi che si sono occupati del tema hanno denunciato con profonda preoccupazione la palese inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p., in quanto l'area di punibilità colposa esclusa dallo spettro applicativo della nuova causa di non punibilità – come perimetrata dalla menzionata giurisprudenza di legittimità - appare assolutamente sproporzionata rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è stato chiamato ad operare durante la fase di diffusione del virus Covid-19.
Almeno quattro le criticità evidenziate: anzitutto, la causa di non punibilità è limitata ad operare con riferimento alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose, essendo espressamente richiamati soltanto gli artt. 589 e 590 c.p., mentre il rischio è quello di formulazione di un'imputazione di epidemia colposa *ex* artt. 438 e 452 c.p.; in secondo luogo, l'art. 590 *sexies* c.p. consente di escludere la responsabilità soltanto in caso di errore esecutivo determinato da imperizia, e non anche da negligenza e imprudenza, e purché si

tratti di imperizia non grave: ma i confini di tali categorie sono tutt'altro che netti; maggiori incertezze discendono, poi, dall'attuale necessità di ancorare l'operatività della speciale causa di non punibilità al rispetto di linee-guida accreditate o buone pratiche clinico-assistenziali, ciò che evidentemente non è stato possibile nei drammatici momenti di gestione dell'epidemia per mancanza non solo di linee-guida, ma anche di consolidate prassi, vista la profonda incertezza sulla portata del virus anche presso le più autorevoli istituzioni sanitarie; un altro ostacolo è rappresentato, infine, dal vaglio di adeguatezza delle linee-guida rispetto al caso concreto: verifica ovviamente impossibile in mancanza di linee-guida e buone prassi, sicché si è posto il problema di attribuire una certa rilevanza anche alle linee-guida non ancora accreditate o alle pratiche non ancora consolidate.

Il legislatore ha risposto alla congerie articolata di problematiche emerse a causa del dilagare della pandemia con un intervento normativo recente e – sebbene testualmente temporaneo – certamente molto rilevante nella materia, che qui si sta analizzando, della responsabilità colposa derivante dall'esercizio dell'attività sanitaria.
Si allude al duplice intervento realizzato dapprima con l'art. 3 del decreto-legge n. 44/2021, che ha riguardato il tema della responsabilità derivante dall'inoculazione del vaccino anti-Covid, e poi con l'art. 3-*bis*, inserito nel medesimo decreto al momento della sua conversione, ad opera della l. 28 maggio 2021, n. 76.
Partendo dalla prima novità indicata, va detto subito che il citato art. 3, rubricato **"Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2"**, ha disciplinato la fattispecie specifica che riguarda la possibilità di eventi avversi – morte o lesioni – che dovessero verificarsi a seguito della somministrazione del vaccino, così come accaduto in un numero (esiguo) di casi divenuti oggetto della cronaca giudiziaria.
E' stato espressamente previsto che, "*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-CoV2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria (…) 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 nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*". Come è evidente, il meccanismo esimente delineato dalla nuova disposizione è tutto imperniato sulla sussistenza di un nesso eziologico tra l'evento di morte o lesioni e l'inoculazione del vaccino che sia stata fatta in conformità ai documenti tassativamente indicati.
Per quanto concerne la natura giuridica da attribuire all'esimente in discorso, pur non essendo mancata nelle prime letture dottrinali la tesi della causa di esclusione della colpevolezza (CUPELLI) o di "ridefinizione del tipo colposo" (PENCO), potrebbe ritenersi che l'esclusione di responsabilità di cui al citato art. 3 costituisca, a ben vedere, un'applicazione speciale dell'istituto previsto dall'art. 590 *sexies* c.p., con la conseguenza di poterla meglio qualificare – in conformità a quanto ritenuto dalle Sezioni Unite con riferimento a quella esimente – alla stregua di causa di esclusione della punibilità.
Più nel dettaglio, rispetto all'art. 590 *sexies* c.p., l'istituto di cui all'art. 3 citato non limita la propria sfera di applicabilità alla sola imperizia e non fa alcun riferimento alla "adeguatezza alla specificità del caso concreto", escludendo altresì la necessità di valutare l'applicazione di regole cautelari diverse da quelle indicate espressamente, il cui rispetto esclude radicalmente la punibilità.

Ancor più rilevante – anche perché di ambito ben più generale – è l'effetto della disposizione introdotta con l'art. 3-*bis* del citato decreto-legge, articolo introdotto – come già accennato – ad opera della legge di conversione del maggio 2021.

Rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19*", esso statuisce testualmente che "*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*".

Al secondo comma della medesima disposizione viene poi previsto che "*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*".

Appare subito evidente come la disposizione di cui al riportato primo comma sia volta a fronteggiare le molteplici problematiche, riconducibili, in estrema sintesi, all'incremento del rischio penale per gli operatori sanitari nell'ambito dell'emergenza epidemiologica, con la correlata conseguenza di un possibile e nocivo ricorso ad una sorta di medicina difensiva dell'emergenza, emerse fin dalle prime settimane della pandemia in materia di responsabilità sanitaria.

In tale prospettiva, la nuova norma **esclude la punibilità della colpa "non grave"** – sia derivante da imperizia, sia anche dovuta a negligenza e imprudenza, in assenza di restrizioni letterali – per i fatti di omicidio e lesioni (non sono menzionate altre fattispecie di reato, come l'epidemia colposa, che pure si era proposto di inserire nella esimente) che siano, sulla scorta di un accertamento concreto cui sarà chiamato il giudice penale, causalmente riconducibili al contesto emergenziale straordinario. L'esimente è quindi ancorata, anche in questo caso, al requisito del nesso eziologico tra fatti e contesto emergenziale, sicché la norma ha un perimetro particolarmente ampio, tale da ricomprendere tutte le principali problematiche richiamate sopra, e potrà in particolare trovare applicazione sia con riferimento – come è ovvio – agli eventi lesivi direttamente derivati dal contagio virale Covid, sia anche a quelli conseguiti a patologie non Covid-correlate, ma comunque causate dall'impatto che la pandemia ha esercitato, in termini di abbassamento dei livelli assistenziali, sulla tenuta del sistema sanitario e dei correlati servizi.

Affinché ne sia esclusa la punibilità, i fatti devono essersi verificati nell'arco temporale dello stato di emergenza epidemiologica "*dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e successive proroghe*": occorrerà chiaramente far riferimento al momento di realizzazione della condotta, non avendo rilevanza la possibilità che l'evento, anche differito, si verifichi poi successivamente, anche in ipotesi dopo la conclusione dello stato di emergenza.

Evidentemente, al di là dal requisito temporale appena richiamato, la disposizione in esame troverà applicazione anche ai fatti commessi, sempre nel periodo emergenziale, ma prima dell'entrata in vigore del decreto, in applicazione dei noti principi generali in materia di regime inter-temporale delle norme penali di favore.