

Rubrica legale



a cura di **Mauro Gnaccarini**
Responsabile Ufficio Legale

IL DISCUTIBILE “SCUDO” PROPOSTO DAL D.L. 76/2020 DI FRONTE AI COMPLESSI PRINCIPI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA SINTETIZZATI NELLA SENTENZA DI CASSAZIONE N. 15258/2020

Responsabilità dei sanitari e del management non sono la stessa cosa: il legislatore “scuda” le seconde e i sanitari sono eroi per un giorno

La Corte di Cassazione, IV Sezione Penale, nell’ambito della Sentenza n. 15258 del 18 maggio 2020, ha formulato un’efficace sintesi dei principi in materia di responsabilità dei sanitari, considerate le importanti novelle legislative sopravvenute nell’ultimo decennio, sulla cui base è stata rilevante l’evoluzione giurisprudenziale, sia di merito, sia soprattutto di legittimità.

È di indubbio interesse, per ogni sanitario, comprendere la portata di quanto esposto dalla S.C., al fine di poter meglio conformare la propria condotta, ed evitando così l’assunzione di responsabilità passibili di stigmatizzazione nei diversi ambiti, ben cinque, in cui le stesse possono assumere rilievo (penale, civile, erariale, dirigenziale, disciplinare). Ma l’analisi di detta sentenza appare oggi tanto più opportuna in quanto formulata in un momento storico assai particolare, in cui si è aperta una discussione di tutto rilievo sul punto ed è intervenuta pure una significativa innovazione normativa, tuttavia assai diversa da quanto i sanitari invero auspicassero.

Ci troviamo infatti nel periodo cd. “di emergenza Covid-19”; uno stato di emer-

genza nazionale durante la quale è stata vissuta una crisi sanitaria senza precedenti, durata alcuni mesi, nei quali i sanitari hanno dovuto affrontare rischi enormi, così come i numerosi decessi degli stessi ne sono stati la tragica testimonianza. Ma i sanitari hanno dovuto affrontare contestualmente la malattia dei pazienti, fra i quali assai numerosi sono stati sia i decessi sia i postumi invalidanti; sicché sono venute immediatamente alla ribalta le ipotesi di azioni legali contro quegli stessi “eroi” che avevano rischiato la vita; definiti tali anche perché costretti a lavorare “a mani nude”, così come lasciati da un management scopertosi del tutto impreparato, nonostante le ripetute allerte e le numerosissime denunce susseguitesì negli anni precedenti circa l’inopinato smantellamento dei servizi di sanità pubblica; insomma, mancavano del tutto i dispositivi di protezione individuale (DPI) nonostante quanto di tassativo fosse già previsto, e da molti anni, dal D.lgs. 81/2008, e ancor più precisamente da specifici piani di prevenzione delle epidemie, redatti in tempi di SARS e influenza aviaria, ma poi inopinatamente dimenticati.

Considerato quanto precede, si è resa

subito evidente la necessità di depotenziare il possibile contenzioso nascente, da un lato evitando che i pazienti e i loro parenti, ove danneggiati dal Covid-19, subissero anche mancati risarcimenti, se e quando effettivamente dovuti; dall’altro evitando altresì che i sanitari, data la situazione, si trovassero a pagare, sia i termini di responsabilità erariale sia in quanto sottoposti a pesanti procedimenti penali, perlopiù strumentali ad accelerare il risarcimento per evitare annosi procedimenti civili, sicché costretti a svolgere il loro delicato compito sotto la scure dei procedimenti pendenti, nonostante l’abnegazione resa, come detto, “a mani nude” in emergenza. Dall’altro ancora facendo sì che, senza aprire un’inutile “caccia alle streghe”, perciò senza imputare responsabilità penali individuali, ben difficilmente individuabili, ad un management la cui responsabilità è stata invece e indubbiamente “collettiva”, lo stesso rispondesse comunque in termini risarcitori rispetto alle specifiche condotte inerenti l’organizzazione dei servizi; tanto chiaramente deficitaria da non poter essere in alcun modo negata. Si è così giunti da più parti, politiche e

sindacali, a ipotizzare formule legislative, definite “scudo”, che potessero garantire i suddetti obiettivi. Ma la responsabilità dei sanitari, già nel loro quotidiano, soggiace a principi complessi, dei quali la Cassazione ha dato efficace sintesi nella richiamata sentenza; principi la cui complessità diviene poi particolarmente pregnante in emergenza, sicché da trattarsi “con le pinze” e in modo specifico. Ben diversamente, le responsabilità amministrative non si caratterizzano nemmeno lontanamente come quelle sanitarie; sicché da trattare e perseguire altrimenti.

Invece il legislatore, con gli artt. 21 e 23 D.L. 76/2020 (conv. L. 120/2020), non solo ha fatto di tutt'erbe un fascio, in particolare privilegiando l'adozione di uno scudo rispetto alle responsabilità amministrativo-erariali del management, ma soprattutto ha accomunato nella novella legislativa tutto il personale delle PPAA in genere, senza invero alcuna considerazione per la citata grande problematica della responsabilità dei sanitari in emergenza; risultando anzi detta novella sospinta da interesse altro e diverso: quello della cosiddetta ripartenza, e non senza rilevanti criticità applicative. Sicché ora, senza un'adeguata integrazione normativa che possa intervenire sulle specifiche responsabilità dei sanitari in ambito emergenziale, la suddetta norma rischia, in ambito sanitario, di diventare ulteriormente pernicioso.

La sentenza in epigrafe svolge un'importante puntualizzazione in materia di responsabilità sanitaria nei casi di danno alla persona, ma non solo, come si vedrà, dopo che, l'introduzione dell'art. 590 *sexies* nel C.P. a opera della cd. “Legge Gelli”, ha modificato il quadro dell'imputabilità per colpa generica del sanitario stesso. Rammentiamo in proposito quanto previsto dall'art. 43 C.P.: la colpa generica si configura quando il fatto colposo oltre a essere non voluto sia conseguenza di negligenza, imprudenza, imperizia; mentre la colpa specifica sussiste nel caso di inosservanza di una regola cautelare prevista in una fonte scritta tra quelle esattamente elencate nel citato articolo (leggi, regolamenti, ordini o discipline). Attualmente, nel caso di danno

alla persona la responsabilità sanitaria, che risulta perlopiù ascrivibile agli ambiti della responsabilità generica, ai sensi del richiamato art. 590 *sexies* diviene sempre oggetto di imputabilità in sede penale, ma con una eccezione specifica. «*Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*». È stata così esclusa, con l'abrogazione dell'art. 3 comma 1 del D.L. 159/2012 (conv. L. 189/2012cd. Legge Balduzzi), la più favorevole tutela ivi contenuta, inerente la non punibilità per i casi di colpa lieve. Tuttavia, secondo la sintesi proposta dalla Sentenza richiamata, da un lato la distinzione fra le tre tipologie di colpa generica è oggi ancor più importante («*Per contro, ad avviso di questo Collegio, la nuova formula normativa impone di ritenere che ci si trovi in presenza di una tripartizione non meramente retorica ed il rilievo, del tutto nuovo, che assume la qualificazione della condotta come imperita piuttosto che come negligente o imprudente, impegna il giudice a ricercare i tratti che segnano una diversità, nella assoluta consapevolezza che alla difficoltà sopra ricordata non può che seguire un estremo scrupolo nell'accertamento e nella motivazione*»); dall'altro, non è nemmeno venuta meno la necessità di una corretta qualificazione, lieve o grave, della colpa.

Quanto al primo discrimine, afferma la Corte che, se «*la perizia è connotato di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni del contesto*», sicché «*essa presuppone la necessità che il compito richieda competenze che non appartengono al quivis de populo e che sono tipiche di specifiche professionalità*», allora «*in linea di massima, l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, si presta ad essere valutato primariamente in termini di perizia/imperizia; per definizione le*

attività professionali richiedono l'uso di perizia, cioè il rispetto delle regole che disciplinano il modo in cui quelle attività devono essere compiute per raggiungere lo scopo per il quale sono previste». Aggiunge la Corte che «*ciò non esclude che l'evento possa essere stato determinato da un errore originato da negligenza o da imprudenza. Sarà allora necessario isolare con precisione tale errore, sulla scorta di pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza*», e tuttavia anche «*ove sia il carattere negligente o imprudente della condotta a fare da fondamento alla pronuncia di condanna, non può che trovare anche in questo caso, ove persista incertezza in ordine a quell'origine, il canone del favor rei, quale complemento della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio*».

Quanto al secondo discrimine, poiché risulta necessario e rilevante ai fini della personalizzazione del rimprovero, il grado lieve o grave della colpa va determinato, afferma la Corte, «*considerando: 1) la gravità della violazione della regola cautelare; 2) la misura della prevedibilità ed evitabilità dell'evento; 3) la condizione personale dell'agente; 4) il possesso di qualità personali utili a fronteggiare la situazione pericolosa; 5) le motivazioni della condotta. Nel caso in cui coesistano fattori differenti e di segno contrario, il giudice deve valutarli comparativamente*». Rammenta ulteriormente la Corte, richiamando altre pronunce, che occorre valutare «*le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi*» e «*considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Vanno quindi apprezzate e misurate le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche*», nonché «*le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili*».

Orbene, quanto sopra, con particolare riferimento alle responsabilità in cui potrebbe incorrere il veterinario pubblico, potrebbe apparire esercizio di stile nella

misura in cui il medesimo incorre nel rischio di imputazioni penali perlopiù in riferimento a reati quali il falso in atto pubblico, la truffa ai danni dello Stato, oppure l'abuso d'ufficio (di cui si dirà a seguire); tralasciando naturalmente quegli altri reati contro la P.A., appartenenti all'ambito della "corruzione", certamente mai passibili di alcuna istanza difensiva ove effettivamente provati. Ed è pur vero che, se nelle situazioni di danno alla persona, ipotesi comunque non così marginale nemmeno per detto veterinario, l'attivazione dell'azione penale, mediante querela, è molto più frequente, in quanto soprattutto strumentale ad accelerare il risarcimento del danno, viene invece prevalentemente azionata la sola tutela risarcitoria in sede civile nel caso di danni conseguenti ad atti incidenti sull'interesse legittimo ovvero sul diritto soggettivo del terzo. Ma proprio in quest'ultima sede, al fine della configurabilità del diritto di rivalsa della P.A. sul sanitario, con possibile imputazione della responsabilità erariale, vengono in grande rilievo le due scriminanti suddette, ed in specie quella fra i diversi gradi della colpa; nella cui individuazione incide tuttavia anche la prima scriminante, giacché l'imprudenza e la negligenza possono portare, come abbiamo visto, più direttamente alla connotazione grave della colpa, rispetto all'imperizia, specie nell'ambito sanitario. E difatti, seppure non vi sia alcuna altra traccia del termine "Colpa Grave" all'interno del Codice Civile, salvo che nell'art. 2236, proprio questo prevede che, nel caso di attività professionali che implicano la "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", dato il maggior rischio di errore che le caratterizzano, a tutela di chi le esegue si giustifica una forma di responsabilità attenuata, sicché l'esecutore "risponde dei danni solo in caso di dolo e colpa grave". Apparirà perciò ora evidente la portata della sentenza esaminata, e tanto più pregnante quanto nella stessa indicato in relazioni alle scriminanti della colpa, soprattutto in riferimento al periodo emergenziale che ha perciò sollecitato le qui presenti osservazioni. Veniamo in ultimo ad analizzare le cri-

ticità che paiono emergere nella possibile applicazione di quanto dettato dagli artt. 21 e 23 del D.L. 76/2020 (conv. L. 120/2020), detto appunto "semplificazione". Tali previsioni normative risultano voler intervenire per porre un argine alle condotte dei dirigenti pubblici che, piuttosto di correre il rischio di adottare provvedimenti e assumere decisioni, quand'anche d'interesse pubblico, nel timore delle possibili conseguenze in termini di responsabilità amministrativa, preferiscono "evitare" tale esposizione fin tanto che risulti possibile: si tratta di un fenomeno che ora emerge ma che abbiamo denunciato più volte su queste pagine come "dirigenza difensiva". Il legislatore, considerato l'attuale momento storico, ha così immaginato di incentivare comportamenti proattivi, ma di fatto consentendo al management di agire con disinvoltura, giacché vengono sanzionate, ex art. 323 C.P. (Abuso d'ufficio) soltanto più le condotte per le quali risultino violate norme di legge esclusivamente di rango primario e nelle quali siano dettate regole di condotta tanto specifiche da non lasciare alcun margine di discrezionalità (!!). Non bastasse, anche per quanto concerne la responsabilità erariale, è stata introdotta una novella legislativa in grado di sottrarre ulteriormente il management stesso dalle loro responsabilità: infatti, se finora, per aversi dolo, era sufficiente che i dirigenti tenessero scientemente un comportamento che violasse i loro obblighi, ora è necessario che risulti provata la diretta e cosciente intenzione di agire a danno delle pubbliche finanze. E ancor peggio: seppur disponendo, per ora, solo a valere fino al 31 luglio 2021, la responsabilità erariale viene limitata al solo profilo del dolo per le azioni, residuando il profilo della colpa grave solo nel caso di omissioni e/o inerzie, mandando invece i dirigenti, e in particolare gli amministratori pubblici, esenti da responsabilità, seppure risultassero aver agito con superficialità anche grave ovvero in modo chiaramente incauto o malaccorto o perfino incapace.

A tal punto, se da un lato una così forte depenalizzazione del reato di abuso d'ufficio potrebbe ripercuotersi perfino

in comportamenti pericolosamente agiti sul crinale dell'abuso stesso da parte di chi svolge attività caratterizzate dall'esercizio del potere autoritativo della P.A., con il paradossale aumento del rischio, non già dell'imputazione penale, ma di un incremento nella richiesta di danni, dall'altro la perniciosità della norma nei confronti dei sanitari, specie nel periodo attuale, appare in tutta la sua evidenza laddove potrebbero emergere - e non si può non vedere - comportamenti datoriali superficiali nelle tutele del sanitario stesso rispetto ai rischi che il medesimo corresse, giacché la nuova previsione normativa può chiaramente attenuare di molto l'attenzione, già risultata del tutto inadeguata.

In conclusione, il management delle aziende sanitarie, a fronte delle rilevanti responsabilità sopra indicate, può ora dunque beneficiare di uno "scudo" assai discutibile, specie perché il provvedimento tradisce di fatto il suo stesso obiettivo, giacché nato dalla necessità, che il Paese certamente ha, di "ripartire", fruendo anche di strumenti operativi capaci di snellirne la burocratizzazione, di fronte all'emergente problema della succitata "dirigenza difensiva". Un gravissimo problema, di cui si è data denuncia su questa rivista già da molti anni, come sopra illustrato, giacché originato da provvedimenti deleteri in quanto generalizzati e trasversali, privi di obiettivo (se non quello di "raddrizzare la schiena" ai dipendenti pubblici fannulloni, tutti, come ben ricorderà il lettore, nelle espressioni di un Ministro tristemente subito), dunque fondamentalmente persecutori nei confronti di tutti i pubblici dipendenti, con aspetti di particolare gravità proprio nei confronti dei sanitari; la cui soluzione non può quindi risiedere nel garantire invece agli amministratori del sistema un'ampia manleva dalle loro peculiari responsabilità. Insomma, messa la famosa "toppa peggio del buco", confidiamo nell'utilità di questo contributo, dato che gli "eroi per un giorno", ancora negletti rispetto alla cogente necessità di essere effettivamente "riconosciuti" e tutelati come dovuto, riteniamo possano, nell'attesa, trarre comunque utili indicazioni operative in quanto sopra illustrato.