

EDITORIALE

La proroga dello scudo penale per i sanitari: una forzatura politica nello stato costituzionale democratico.

di

Vincenzo Baldini*

1. Ci sono, nel diritto positivo e nella scienza giuridica, categorie “universali”, che assumono da sempre un significato più o meno comune nei diversi ordinamenti giuridici in cui sono evocate o declinate. Tra esse, è quella di privilegio -l’antico *privilegium*- che nell’esperienza giuridica romana intendeva una “concessione favorevole”¹ non sempre e da tutti distinto o contrapposto allo *ius singulare*, inteso quale “eccezione al *tenor rationis* introdotta dall’*auctoritas constituentium* in considerazione di un’*aliqua utilitas* che la giustificasse”². Lo si intendesse come *privata lex* (atto normativo derogatorio) o come *praerogativa* (diritto eccezionale in relazione al destinatario o al contenuto)³, la locuzione recava in sé, in ogni caso, il significato di una situazione di vantaggio, individuale o di categoria, recato attraverso una regolazione che, in particolare nel periodo alto-medievale, poteva giustificarsi unicamente in ragione della peculiare situazione giuridica di particolari categorie di soggetti⁴.

Tale categoria, filtrata dal diritto romano in modo pressoché naturale e integrale nel diritto presto- e tardo-medievale poteva spiegare ancora un significato, sul piano di fatto come su quello giuridico-positivo, nell’esperienza dello Stato liberale

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Direttore scientifico della Rivista.

¹ Orestano, « *Ius singulare* » e « *privilegium* » nel diritto romano (1959), citato in U. Santarelli, voce *Privilegio (diritto intermedio)*, in *EdD*, XXXV, Milano 1986, p. 713 ss., part. p. 714.

² U. Santarelli, voce *Privilegio (diritto intermedio)*, cit., p. 714.

³ Ancora Orestano, « *Ius singulare* » e « *privilegium* » nel diritto romano (1959), cit.

⁴ U. Santarelli, op. loc. cit., p. 717.

autoritario, per riprendere una valutazione di *Giuliano Amato*⁵, connotato cioè dall'esistenza di una Costituzione scritta che enunciava, tra i diritti e doveri dei cittadini, quello dell'uguaglianza davanti alla legge senza distinzione di titolo o grado (art. 24 St. Alb.), ma in cui la consistenza attuativa era notevolmente mitigata dall'onnipotenza politica del legislatore ordinario*.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana del '48, che include tra i suoi principi fondamentali quello dell'uguaglianza (art. 3 Cost.) il concetto di privilegio viene a rivestire una portata valutativa e in negativo, rappresentando la realtà di una condizione incompatibile con il suddetto limite costituzionale, alla cui osservanza, in virtù del carattere di rigidità, anche il legislatore ordinario è tenuto⁶. Tale incompatibilità, contrariamente ad alcune opinioni dottrinali⁷, discende dalla consapevolezza che la parità giuridica non può riferirsi unicamente al profilo della forza dell'ordinamento statale complessivo, non, invece, a quello del contenuto; essa dev'essere intesa piuttosto come "vincolo totale della funzione classificatoria del legislatore"⁸. Nello specifico, il vincolo si risolve nella⁹

Lo spazio di questo editoriale non induce a ripercorrere il vivace e complesso dibattito dottrinale su valore, senso e portata del principio costituzionale di eguaglianza davanti alla legge. Ma, per le osservazioni qui esposte, non sembra del tutto inopportuno rilevare alcuni punti salienti di tale dibattito, che si configurano anche come capisaldi della giurisprudenza costituzionale in materia. Così, va sottolineato come il significato di tale principio si spinga oltre il divieto di distinzioni personali e la rivendicazione del carattere necessariamente generale- astratto della legge per giungere fino a comprendere il controllo sui presupposti di

⁵ Cfr. G. Amato, voce *Libertà* (dir. cost.), in *E.d.D.*, XXIV, Milano, 1974, p. 272 ss., part. p. 279; nonché G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, con specifico riferimento alla Costituzione vigente p. 301 ss.

⁶ L. Paladin, voce *Eguaglianza* (diritto costituzionale), in *EdD*, XIV, Milano 1965, p. 519 ss., part. pp. 523/524.

⁷ In tal senso, cfr. C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana – saggi*, Padova, 1954, p. 17 ss., part. p. 20 ss.

⁸ L. Paladin, voce *Eguaglianza* (diritto costituzionale), p. 524, in contrapposizione alla tesi di C. Esposito.

⁹ Così C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, 4. Ed., Torino, 1979, p. 412 ss., che richiama anche alcune decisioni in senso conforme del giudice costituzionale (p. 415)

fatto che sono a base delle classificazioni normative per le quali si adotti una regolazione derogatoria di quella generale. Nello specifico, tale controllo sull'eguaglianza giuridica richiede di necessità, per il legislatore, di distinguere tra situazioni diverse "in relazione ad una *finalità legislativa apprezzabile*"⁹, esso implica perciò un apprezzamento di adeguatezza/giustificatezza della legislazione speciale¹⁰.

2. Richiamata nell'essenziale la dimensione paradigmatica dell'art. 3 c. 1, Cost., ad essa va commisurata dunque la previsione recata dal decreto "Milleproroghe" che per gli esercenti la professione sanitaria estende a tutto l'anno 2024 l'efficacia dello scudo penale sancito in origine dalla normativa emergenziale. In tal modo, la responsabilità penale di tale personale è perciò limitata ai soli casi di colpa grave da cui derivino eventi di morte o lesioni personali del paziente. Ai fini dell'applicazione della causa di giustificazione in parola¹¹ assumono rilievo anche le condizioni di lavoro in cui essi si trovano ad operare misurate anche alla stregua dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare. Il contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi viene a far parte, perciò, degli elementi di apprezzamento della condotta tenuta dagli operatori sanitari.

I dubbi di ordine costituzionale che investono la previsione di tale franchigia penale, in relazione soprattutto alla sua ragionevolezza commisurata alla portata dell' art. 3 c. 1 Cost., non sembrano di poco rilievo. In particolare una siffatta misura non appare senz'altro sostenuta da presupposti di fatto adeguati, idonei a non lasciarla derubricare al rango di mero privilegio, essa, pertanto, non sembra in grado di superare il vaglio di legittimità costituzionale.

In proposito, vale la pena muovere innanzitutto dalla trama delle norme penali generali che integrano, come *tertium comparationis*, tale parametro costituzionale

¹⁰ L. Paladin, voce *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, cit.

¹¹ Sul punto, per la considerazione della causa di giustificazione come speciale situazione di un fatto "che di regola è vietato dalla legge penale" il quale "non costituisce reato per l'esistenza di una norma che l'autorizza o l'impone", v. in generale F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1980, p. 222.

generale a partire dall'art. 43 c.p. che definisce il delitto colposo nei termini di un evento "anche se preveduto" non voluto dall'agente ma causato da negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero accaduto per inosservanza di leggi, regolamenti ordini e discipline. Nello specifico, poi, gli artt. 589 e 590 c.1, c.p. definiscono i reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, a cui appresta una deroga l'art. 590-sexies, introdotto dall'art. 6, c.1, l.n. 24/2017, cd. legge Gelli-Bianco. Quest'ultimo, infatti, esclude per tali eventi la punibilità per il personale sanitario allorquando esso abbia agito rispettando 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 alla specificità del caso concreto."

Su tale normativa penale di garanzia per il personale sanitario si sovrappone lo scudo penale introdotto dal Governo durante l'emergenza pandemica (art. 3, del d.l. n. 44/21) a favore degli esercenti la professione sanitaria per gli eventi di morte o lesioni personali verificatisi in seguito alla somministrazione di uno dei vaccini "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" sempre che "l'uso del vaccino è risultasse *"conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio* (corsivo mio: n.d.r.) emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione". L'originaria decisione del Governo muoveva dall'apprezzamento delle difficoltà, di ordine sostanziale e organizzativo, in cui tale personale venne a trovarsi nel corso dell'emergenza pandemica. Stato precario delle conoscenze scientifiche sulle proprietà e sugli effetti di tali vaccini (a cui in qualche modo si legava anche l'autorizzazione provvisoria alla messa in commercio di questi ultimi), "scarsità delle risorse umane e materiali disponibili in relazione al numero di casi da trattare"¹² furono ritenute condizioni idonee a giustificare la misura protettiva adottata.

¹² Così si legge nel *Il Sole-24Ore* del 3 giugno 2021.

3. Le suddette condizioni, valutate come presenti all'epoca non possono ritenersi più attuali in una fase, come quella odierna, caratterizzata dalla fine dello stato di emergenza sanitaria e, soprattutto, da una più alta e consolidata consapevolezza, nello stesso personale sanitario, circa la consistenza di tali vaccini, in termini di proprietà, efficacia e rischi a questi ultimi connessi. Tanto i risultati prodotti dalla ricerca scientifica in materia quanto l'analisi dei dati empirici compiuta dagli organismi competenti ha favorito il progressivo aumento di tale consapevolezza annullando quei presupposti di fatto che in passato avevano indotto la scelta in favore dello scudo penale. L'interrogativo di fondo, in relazione all'osservanza del principio dell'eguaglianza, rimane dunque quello delle ragioni della decisione di proroga in un regime di ordinarietà di gestione dell'attività sanitaria.

Del resto, non può farsi a meno di precisare come, in assenza di tale proroga, avrebbe ripreso pieno vigore la previsione dell'art. 590-*sexies* c.p. sopra menzionata, intestandosi al personale sanitario, per l'esonero da responsabilità penale colposa, la sola prova attinente all'osservanza delle raccomandazioni recate dalle linee-guida o anche delle buone pratiche sanitarie (v. *supra*).

4. La decisione del Governo non si rende, perciò, immune da obiezioni critiche di arbitrarietà/irragionevolezza in relazione al limite imposto alla discrezionalità legislativa dall'art. 3 Cost.. Essa appare piuttosto sancire un pesante *vulnus* di tale principio ispirato a motivazioni che non sembrano trovare nella portata del parametro richiamato alcuna ragionevole copertura. Prevale l'impressione che la proroga dello scudo penale si risolva in un indebito privilegio di categoria che si oppone al senso e alla portata del principio di eguaglianza formale. Si tratterebbe di uno *ius singulare* privo, tuttavia, di quello spessore di *utilitas* generale di cui già si discettava nell'esperienza del diritto intermedio. La reazione possibile per la protezione di diritti concorrenti ad un indebito privilegio consiste in via di

principio nel ricorso alla garanzia costituzionale ¹³ in cui si comprendono i modi e le forme per far valere la superiorità del dato costituzionale su quello legislativo.

dirittifondamentali.it

¹³ Così ancora G. Amato, voce *Libertà* (dir. cost.), cit., p. 277.