

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 "Lumsa"

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 "Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da
GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione
GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 “Lumsa”

MARIO CARVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOZZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma “La Sapienza”

Anno CLIII - Fascicolo 4 2021



STEM Mucchi editore

Archivio giuridico Filippo Serafini - ISSN 0391 5646

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione, Redazione:

Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia..... € 114,00

Formato cartaceo estero 164,00

Formato digitale (con login)..... 98,00

Formato digitale (con ip) 107,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) 185,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip)..... 194,00

Fascicolo singolo cartaceo* 30,00

Fascicolo singolo digitale 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2021

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

indirizzi web: www.mucchieditore.it

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Geca (MI).

Finito di stampare nel mese di dicembre del 2021.

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma
Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma
Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma
Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano
Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna
Prof.ssa Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Dott. Alessandro Perego – Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscolo separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Francesca Mollo

LA RESPONSABILITÀ IN AMBITO SANITARIO IN TEMPO DI PANDEMIA DA COVID-19*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità delle strutture sanitarie. – 3. La responsabilità degli esercenti la professione sanitaria ai tempi del Coronavirus. – 4. L'infortunio per Covid-19 e la sicurezza del personale sul luogo di lavoro. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Occorre in primo luogo sottolineare come la pandemia da Sars-Covid19 abbia già avuto un notevole impatto sul diritto positivo, in una prospettiva civilistica, attraverso gli interventi operati dal legislatore dell'emergenza su alcune norme contenute nel codice civile, nei codici di settore e nelle leggi speciali¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si vedano, in una prospettiva civilistica: l'art. 88 (commi 2, 3 e 4) D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, in relazione all'art. 1463 c.c. con riferimento al «rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura»; l'art. 91 D.L. n. 18 del 2020 in relazione agli artt. 1218 e 1223 c.c.; l'art. 2, comma 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11 in relazione a prescrizioni e decadenze; l'art. 6, comma 1 e l'art. 122 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in relazione alle limitazioni per legge del diritto di proprietà (requisizione); l'art. 103, c. 2-ter D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in relazione al contratto di appalto (proroga della durata e deroga: art. 1665 c.c.); l'art. 125 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di contratto di assicurazione con riferimento agli artt. 170 bis, comma 1 e 148 commi, 1 e 2 del codice delle assicurazioni private); l'art. 56 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di accesso al credito delle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di Covid-19; l'art. 26 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, in tema di estensione del fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa; l'art. 10, comma 5 D.L. n. 9/2020, in tema di sospensione dei termini di diritto sostanziale con riferimento ai titoli di credi-

Essa ha posto e porrà il giurista di fronte a nuovi interrogativi sugli effetti in termini di responsabilità delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie², nonché sulle assicu-

to, costituzione in «pegno rotativo» di «prodotti agricoli e alimentari d'origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose» introdotte in sede di conversione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19* (c.d. decreto 'cura Italia'), con Legge 24 aprile 2020, n. 27; l'art. 4 D.L. 8 aprile 2020, n. 23, in tema di forma del contratto in ambito bancario con riferimento all'art. 117 TUB; l'art. 14 D.L. 9 marzo 2020, n. 14 (poi rifiuto nell'art. 17-bis del d.d.l. di conversione del D.L. n. 18 del 2020) e l'art. 17 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di protezione dei dati personali; gli art. 5 ss. D.L. 8 aprile 2020, n. 23, conv. con L. 5 giugno 2020, n. 40, in tema di crisi d'impresa. In tema di società cfr. l'art. 106 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con L. 24 aprile 2020, n. 27, in relazione agli artt. 2364 comma 2, 2478-bis, comma 1, 2370, comma 4, 2479, comma 4 e 2375, comma 1 c.c.; l'art. 6, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione agli artt. 2446 commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6, 2482-ter, 2484, comma 1 n. 4 e 2545-duodecies c.c. in tema di riduzione del capitale sociale; l'art. 7, D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione all'art. 2423-bis in tema di redazione del bilancio; l'art. 6 D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, in relazione agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., in tema di licenziamento del lavoratore; l'art. 46 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di licenziamento del lavoratore in relazione alla L. 15 luglio 1966, n. 604 e all'art. 18, comma 10, della L. 20 maggio 1970, n. 300 e succ. mod.; gli artt. 19-22-quinquies D.L. 17 marzo, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, in tema di cassa integrazione e ammortizzatori sociali.

² Si vedano, sul punto, U. RUFFOLO, *La responsabilità medica-le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. It.*, 2021, 2, p. 456 ss.; A. BANA, C. PAGELLA, F. ROSADA, *Riflessioni sulla responsabilità medica nel contesto Covid-19: spunti di diritto civile e penale a confronto*, in *Ris. Danno Resp.*, 2020; M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Riv. Resp. Med.*, 9 aprile 2020; G. CASCELLA, G. BARI-LE, *Riflessioni sull'incidenza del c.d. "COVID-19" sulla responsabilità medica*, in *Ris. Danno Resp.*, 28 maggio 2020; G. COMANDÈ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno e Resp.*, 2020, 3, p. 297 ss.; L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, 1S, p. 447 ss.; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, *ibidem*, p. 441 ss.; G. FACCI, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, in *Giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020; M.

razioni che ne coprono il rischio, tema divenuto di ancora più scottante attualità a seguito dei più recenti accadimenti legati all'attuazione del piano vaccinale.

Occorre in primo luogo fare i conti con i connotati e le peculiarità del tutto inediti posti dalla pandemia, consistenti nella novità del virus e della patologia che esso determina; nella (quantomeno iniziale) assenza di protocolli o buone pratiche clinico-assistenziali nonché di linee guida per il relativo trattamento; nel numero di pazienti da gestire nello stesso contesto spaziale e/o temporale; nella necessità di una riallocazione, ancorché temporanea, del personale sanitario, che si è trovato spesso ad operare anche in area estranea alla propria specializzazione (specialmente per il personale assegnato nei reparti Covid); infine una limitata disponibilità di risorse necessarie ad affrontare l'emergenza (dai posti letto in terapia intensiva, ai macchinari di ventilazione, agli stessi dispositivi di protezione individuale).

È bene intanto qui specificare che la pandemia è un fenomeno suscettibile di determinare un incremento esponenziale del numero di ammalati che necessitano di sottoporsi alle cure – sia nel contesto del sistema sanitario nazionale che di quello privato – ponendo il sistema stesso e i suoi operatori in una situazione di pressione eccezionale e imprevedibile

FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, in *Riv. Resp. Med.*, 22 aprile 2020; ID., *Covid-19 e responsabilità civile sanitaria*, in *Ris. Danno Resp.*, 11 maggio 2020; M. HAZAN, D. ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, in *Ris. Danno Resp.*, 10 marzo 2020; L. LOCATELLI, *Pandemia, legislazione d'emergenza e deontologia*, in *Danno e Resp.*, 2020, 5, p. 581 ss.; M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *www.giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020; G. PASCERI, P. PANCANTI, V. VITALE, *Le esimenti previste dall'ordinamento per gli operatori sanitari*, in *Ris. Danno Resp.*, 1° ottobre 2020; M. PICCINNI, *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 3, p. 11 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile al tempo del covid-19*, in *Danno e Resp.*, 2020, 4, p. 425 ss.; ID., *I danni subiti da covid-19 tra regole di responsabilità civile e piano no fault*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 3, p. 137 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 3, p. 140 e ss.

che non può non comportare un incremento del rischio di *malpractice*.

Al fine di esaminare gli effetti causati dalla pandemia nel settore della responsabilità sanitaria, può intanto essere utile soffermarsi sulla definizione di rischio sanitario fornita dalla protezione civile, consistente in un rischio di secondo grado, quale variabile qualitativa che esprime la potenzialità che un elemento esterno possa causare un danno alla salute della popolazione. Tale rischio può essere antropico, laddove provocato da attività umane, o naturale, se provocato da eventi naturali; nella fattispecie, la propagazione del virus determinerebbe un rischio sanitario dipendente da variabile antropica, ancorché la patologia pandemica sia equiparata ad eventi naturali di tipo catastrofe.

Dunque, a fini assicurativi, occorre verificare se il rischio sanitario, determinato dalla pandemia di Covid-19 costituisca un danno derivante dal verificarsi di un rischio catastrofe a norma dell'art. 1912 c.c., per il quale l'assicurazione non copre il rischio di danno, sull'assunto che ai sensi della predetta norma, per rischi catastrofici si intendono non solo quelli dovuti a variabili naturali, ma anche altre tipologie di eventi come guerra, insurrezione o tumulti popolari, che sono determinati da variabile antropica. In dottrina in effetti sussiste il dubbio se l'elenco dei rischi contenuti nell'art. 1912 c.c. abbia carattere meramente esemplificativo e, conseguentemente, se siano o no coperti da assicurazione³.

³ Cfr. N. DE LUCA, *Covid-19, rischio sanitario e assicurazioni. Prime riflessioni*, in *Danno e Resp.*, 2020, 3, p. 334: «La giurisprudenza, non potrà fare a meno di considerare che la situazione emergenziale ha determinato una difficile tecnica di adempimento che esige di restringere l'area della responsabilità, tanto contrattuale quanto aquiliana, ai soli casi di dolo o colpa grave. Se tale sarà l'orientamento della giurisprudenza chiamata a giudicare i casi di *malpractice* medica, non potrà quindi dirsi che il rischio di responsabilità si sia aggravato a norma dell'art. 1898 c.c.». Prevale la tesi che ritiene esemplificativo l'elenco di legge, posto che l'eterogeneità degli eventi dannosi previsti pone la necessità di considerarne le caratteristiche dell'eccezionalità, ossia la scadenza sporadica e irregolare e le catastrofi cita degli effetti dannosi, ossia la gravità e la diffusione. Sul punto, viene in rilievo il criterio dell'interpretazione del contratto secondo la volontà delle parti contraenti e secondo buona fede ex art. 1366 c.c. Pertanto, se la polizza si estende a 'rischi definiti' e

Premesso che la responsabilità sanitaria è una delle aree più incise nella situazione di emergenza sanitaria, i profili di rilievo della pandemia da Covid-19 finiscono con l'intercettare la questione più generale del ruolo, che in una situazione caratterizzata da 'danni di massa' è in grado di assumere l'istituto della responsabilità civile, ponendo l'attenzione anche sulle sue funzioni e sui suoi limiti⁴.

Occorre in prima battuta chiedersi quali siano le pretese risarcitorie che possono venire in rilievo, in tale contesto emergenziale, a partire da quelle fatte valere dalle vittime della pandemia, dagli operatori sanitari contagiati durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, dagli aventi causa degli uni e degli altri. Accanto a tali ipotesi risarcitorie se ne possono poi delineare altre che riguardano la responsabilità dell'una o dell'altra articolazione della pubblica amministrazione per la violazione degli obblighi di prevenzione e tutela della salute, come ad esempio la responsabilità dello Stato per aver organizzato, in modo inadeguato, il Servizio Sanitario Nazionale nel suo complesso senza prevedere la possibilità dello scatenarsi di una pandemia e di adottare, conseguentemente, misure idonee ed efficienti. In altre parole, il contenzioso risarcitorio da Covid-19 finisce, così, per ricomprendere una serie eterogenea di controversie, nelle quali si faccia valere la responsabilità della struttura sanitaria e/o degli esercenti la professione sanitaria per condotta sanitaria colposa; quelle in cui venga prospettata la responsabilità delle strutture sanitarie per carenza organizzativa; quelle che hanno invece ad oggetto danni pretesi dagli eredi del personale sanitario rimasto vittima del contagio per l'inadeguatezza dei dispositivi di protezione e, infine, quelle pretese risar-

non a tutti i rischi e se sono esclusi i rischi catastrofali di cui all'art. 1912 c.c., è evidente che le parti, se avessero temuto che un rischio catastrofe potesse risultare coperto, lo avrebbero menzionato per escluderlo. Tutto ciò, consente di giungere alla conclusione secondo la quale la pandemia Covid-19 può essere considerata come rischio catastrofe e quindi escluderne la copertura assicurativa.

⁴ Sulle funzioni della responsabilità civile, in generale, si veda M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 699 ss.

ditorie che siano mosse da chi, affetto da patologie diverse rispetto a quelle legate all'infezione da Coronavirus, abbia dovuto rinunciare ad accedere alla terapie necessarie con esiti peggiorativi del proprio stato di salute, durante il periodo di emergenza sanitaria.

Conviene dunque occuparsi separatamente dei diversi profili di responsabilità.

2. *La responsabilità delle strutture sanitarie*

In primo luogo, occorre soffermarsi sui profili di responsabilità a carico delle strutture sanitarie⁵, atteso che, ai sensi dell'art. 7 della Legge 8 marzo 2017, n. 24, legge Gelli-Bianco, in vigore dal 1° aprile 2017, la struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica o privata che si avvalga di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Tra le strutture sociosanitarie rientrano anche le Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA), strutture residenziali destinate ad accogliere persone anziane non autosufficienti, cui vengono garantiti cure destinate a promuoverne i margini di autonomia, nonché il benessere, oltre che a prevenire e curare le malattie croniche.

In linea generale, per quanto riguarda la responsabilità della struttura sanitaria, può configurarsi, in primo luogo, un c.d. danno da 'disorganizzazione', conseguente ad una violazione dello *standard* medico-gestionale di organizzazione ed efficienza della struttura sanitaria, oggetto di ragionevole aspettativa da parte di un paziente.

In particolare, la responsabilità della struttura può sussistere nel caso in cui non siano garantiti adeguata strumen-

⁵ In generale, si veda sul punto R. BREDI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 10, 2006, Id., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, p. 283; M. GORGONI, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, p. 807.

tazione o i macchinari necessari per la prestazione sanitaria, la presenza di personale sanitario specializzato, la sicurezza dell'ambiente ospedaliero in generale, nonché la predisposizione di protezioni dei pazienti più fragili e vulnerabili.

Nel caso di specie, possono verificarsi due ipotesi. Da un lato, quella della morte di un paziente non ricoverato in terapia intensiva per insufficienza dei posti letto o non curato adeguatamente per carenza di personale sanitario, strumentazione necessaria e farmaci adeguati; dall'altro, quella delle infezioni nosocomiali, nel caso in cui i pazienti ricoverati per patologie diverse contraggano il Coronavirus in ambiente ospedaliero. In quest'ultimo caso, la struttura risponderrebbe ex art. 1218 c.c. dei danni patiti dal paziente a seguito di infezioni nosocomiali contratte durante la degenza⁶.

Dunque, nel caso di diffusione del Coronavirus è ipotizzabile che da un lato, il carattere eccezionale della patologia e l'assenza di reparti specializzati e dall'altro, la carenza di strumentazione e di posti letto in terapia intensiva integrino la prova liberatoria idonea ad esentare la struttura sanitaria da ogni addebito per danno derivante da inefficienza organizzativa, mentre risulta difficile escludere *a priori* la responsabilità della struttura con riferimento al danno da contagio in ambiente ospedaliero.

In particolare, la prova liberatoria che incombe sulla struttura sanitaria è particolarmente gravosa, consistendo nella dimostrazione «seria e rigorosa di aver fatto tutto il possibile per evitare l'insorgenza dell'infezione stessa [...] vale a dire provare di avere posto in essere ogni cautela e precauzione, funzionale, strutturale e di metodo, al fine di realizzare e mantenere costantemente un'ottimale sanificazione della struttura, dei locali, degli ambienti, dei mezzi e del persona-

⁶ Cfr. Trib. Ravenna, 31 luglio 2019, secondo cui «è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica, nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione del personale della struttura, restando a carico di quest'ultima la prova che la prestazione sia stata eseguita in modo diligente nel rispetto degli standard richiesti dalla disciplina di settore, e che l'evento lesivo sia stato determinato da un accadimento imprevisto ed imprevedibile».

le addetto». Né basterebbe la mera produzione di protocolli di sterilizzazione, in assenza della specifica prova delle condotte concretamente poste in essere dall'istituto in relazione ad una efficace opera di sanificazione; così come la mancata prova, da parte della struttura, di adeguata formazione e aggiornamento del personale, né di aver effettuato controlli a campione per verificare il rispetto di tali regole da parte del personale medico e paramedico, nonché della corretta tenuta dello strumentario e comportamenti igienici dell'*équipe* – quali, ad esempio, scrupoloso lavaggio mani, corretta vestizione e svestizione nelle c.d. aree sporche, prelievo degli strumenti dall'autoclave ovvero apertura degli strumenti sigillati – conduca ad un'affermazione di responsabilità. Così come nel caso di carenze compilative nel diario clinico del paziente, che non permettano di formulare un motivato giudizio sulla gestione clinica della complicanza infettiva, e quindi di valutare l'idoneità delle scelte e dei percorsi terapeutici, anche con riferimento alle tempistiche di attuazione degli stessi.

La responsabilità della struttura risulta poi intrecciata, nel caso di insufficienza di posti in terapia intensiva, con la questione della scelta tragica, operata nel tempo del picco del contagio, fra pazienti con diverse speranze e possibilità di sopravvivenza, in ordine a chi includere o escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione. A complicare tale quadro, la contrapposizione tra la SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) e il CNB (Comitato Nazionale per la Bioetica). Infatti, 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* (6 marzo 2020⁷) della SIAARTI non si escludeva la possibilità di fare ricorso a «criteri di accesso alle cure intensive (e di di-

⁷ Come pure si legge nel comunicato stampa del SIAARTI del 9 marzo 2020, «si tratta di un documento in 15 punti che SIAARTI ha diffuso e pubblicato integralmente e senza alcuna restrizione, pur essendo indirizzato a colleghi ed esperti: è un testo finalizzato a fornire un supporto agli anestesisti-rianimatori attualmente impegnati a gestire in prima linea una maxi-emergenza che non precedenti per caratteristiche e proporzioni».

missione) 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», che potrebbero anche rendere necessario «porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva», in una logica volta a privilegiare la «maggiore speranza di vita».

Di converso il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel parere dell'8 aprile *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del 'triage in emergenza pandemica'*, ha fissato il criterio clinico come il più adeguato per l'allocazione emergenziale delle risorse, considerando ogni altro criterio come «eticamente inaccettabile» e indicando le condizioni del *triage* in emergenza, consistenti nella «*preparedness* (predisposizione di strategie di azione nell'ambito della sanità pubblica, in vista di condizioni eccezionali, con una filiera trasparente nelle responsabilità), l'appropriatezza clinica (valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento all'urgenza e gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, considerando la proporzionalità del trattamento), l'attualità, che inserisce la valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso nella prospettiva più ampia della comunità dei pazienti, con una revisione periodica delle liste di attesa».

Quanto alla responsabilità della struttura con riferimento al danno da contagio in ambiente ospedaliero, ciò che la struttura sanitaria deve dimostrare è sostanzialmente di aver adottato un modello organizzativo tale da evitare o quantomeno ridurre il rischio di insorgenza di questo tipo di infezioni, ovvero dimostrare la loro inevitabilità, ponendosi così rilevanza ad una tutela di carattere preventivo e, sotto il profilo della *compliance* alla normativa vigente e dell'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto atipico di ospedalità, ponendo al centro del sistema il tema della gestione del rischio ospedaliero.

Sarà quindi necessaria una valutazione degli strumenti di protezione concretamente posti in essere dalla struttura, non-

ché dei meccanismi e modelli organizzativi, adottati al fine di prevenire il diffondersi del virus nella struttura stessa, dovendo dare prova del fatto che i contagi all'interno degli ospedali fossero eventi del tutto imprevedibili e inevitabili, configurandosi la responsabilità della struttura quale responsabilità omissiva per non aver posto in essere misure adeguate al fine di evitare il contagio all'interno delle strutture, ad esempio mediante apposite misure di isolamento.

In quest'ottica, si rivelerà centrale una valutazione sull'adempimento, oltre che del rispetto dei modelli organizzativi atti a impedire il diffondersi del virus nella struttura ospedaliera, anche degli obblighi accessori di protezione da parte della struttura sanitaria, nonché sulle scelte concrete relative alla gestione della struttura mentre il rischio si manifestava, come ad esempio la scelta su trasferimenti ed accettazione di pazienti esterni affetti dal virus, predisposizione di percorsi specifici per pazienti positivi e di c.d. 'aree sporche': verificando se la struttura abbia in concreto fronteggiato, con tutte le risorse organizzative, diagnostiche e terapeutiche disponibili, l'emergenza secondo il principio di precauzione, adempiendo anche al dovere di verifica e vigilanza correlato tramite riunioni periodiche e *briefing* e conseguente adozione di regole protocollari e verifiche periodiche, basandosi sulle linee guida, laddove esistenti, e sulle indicazioni fornite dalla letteratura scientifica più accreditata a livello nazionale ed internazionale, verificando altresì se abbia adempiuto lo specifico obbligo di informazione dei pazienti in relazione all'eventuale rischio di contrarre un'infezione nosocomiale.

Se quindi, come si vedrà, con riguardo al singolo esercente la professione sanitaria, la pandemia può integrare il caso di forza maggiore o rendere la prestazione «di speciale difficoltà» ex art. 2236 c.c., al fine di escludere la responsabilità del medico; con riguardo alla struttura sanitaria, invece, la responsabilità del danno da inefficiente organizzazione può essere esclusa per causa non imputabile, quale la limitatezza dei posti letto e della strumentazione necessaria, escludendo in linea di principio il diritto del paziente al risarcimento nei limiti suddetti. In particolare, con riferimento alla responsa-

bilità della struttura, si discute circa l'applicabilità dell'esimo dello stato di necessità di cui all'art. 2045 c.c., nel caso di condotta omissiva del sanitario, consistente nel mancato ricovero in terapia intensiva del paziente affetto da Covid-19 per carenza di posti letti o mancata somministrazione dettata dalla necessità del sanitario di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona: come nel caso in cui un medico, visto la carenza di posti letto, abbia preferito ad un paziente in stato non grave un paziente in uno stato più avanzato della malattia, stante l'inevitabilità del pericolo e data dall'imprevedibilità della situazione emergenziale. In questo specifico caso i pazienti potranno ottenere un indennizzo, quantificato sulla base dell'età del danneggiato e della tipologia di danno e che potrebbe essere finanziato da appositi fondi statali⁸.

Merita poi in questa sede menzione l'art. 117, comma 4, del D.L. 'Rilancio' n. 34 del 19 maggio 2020, del seguente tenore letterale: «Al fine di far fronte alle esigenze straordinarie ed urgenti derivanti dalla diffusione del Covid-19 nonché per assicurare al Servizio sanitario nazionale la liquidità necessaria allo svolgimento delle attività legate alla citata emergenza, compreso un tempestivo pagamento dei debiti commerciali, nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive. I pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle regioni agli enti del proprio Servizio sanitario regionale effettuati prima della data di entrata in vigore del presente provvedimento non producono effetti dalla suddetta data e non vincolano gli enti del Servizio sanitario regionale e i tesorieri, i quali possono disporre, per le finalità dei predetti enti legate alla gestione dell'emergenza sanitaria e al pagamento dei debiti, delle somme agli stessi tra-

⁸ Tali fondi potrebbero seguire il modello degli indennizzi previsti a favore dei soggetti danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni, ai sensi della L. n. 210/92. Cfr. in tema G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020.

sferite durante il suddetto periodo. Le disposizioni del presente comma si applicano fino al 31 dicembre 2020».

La norma, dunque, avrebbe introdotto un temporaneo blocco dei pignoramenti nei confronti di Aziende Sanitarie Locali, Aziende Ospedaliere (Universitarie e non), I.R.C.C.S., anche se trasformati in fondazioni, integrati con il S.S.N., che non sarebbero tenuti a rispettare ordini ed ingiunzioni di pagamento, ancorché di fonte giudiziale⁹. La norma, in relazione alla quale si è però ipotizzato l'effetto di incentivare, seppur indirettamente, i pazienti danneggiati da errori sanitari a rivolgersi, per il risarcimento del danno, a medici ed infermieri piuttosto che alle Aziende, in contrasto rispetto alla direzione indicata dalla legge Gelli Bianco, è stata prorogata al 31 dicembre 2021, dall'art. 3 comma 8 del D.L. 31 dicembre 2020 n. 183, convertito con modificazioni dalla Legge 26 febbraio 2021, n. 21.

L'emergenza sanitaria è stata al centro anche del recente Rapporto 2020 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica, secondo cui l'esperienza della pandemia ha reso ancor più evidenti alcune criticità ben note del nostro S.S.N., tra cui la graduale riduzione della spesa pubblica per la sanità ed il contestuale aumento della spesa privata a carico dei cittadini; il rallentamento degli investimenti; la diminuzione del personale a tempo indeterminato, con aumento della stipulazione di contratti a tempo determinato o del ricorso a consulenze o rapporti flessibili; la grave carenza di personale infermieristico; la 'fuga' dei medici all'estero; la riduzione delle strutture ospedaliere di ricovero e la scarsa attenzione all'assistenza territoriale.

Con specifico riferimento alla inadeguatezza del sistema di assistenza sul territorio, la Corte dei Conti ha sottolineato che «l'insufficienza delle risorse destinate al territorio ha reso più tardivo e ha fatto trovare disarmato il primo fronte che doveva potersi opporre al dilagare della malattia e che si è trovato

⁹ In relazione alla quale il Tribunale di Napoli ha fin da subito sollevato dubbi di illegittimità costituzionale.

esso stesso coinvolto nelle difficoltà della popolazione, pagando un prezzo in termini di vite molto alto»¹⁰.

Proprio in relazione alla scarsa attenzione all'assistenza territoriale, denunciata dal rapporto della Corte dei Conti, si tenga presente, almeno incidentalmente, che ad essere coinvolta nella vicenda Covid-19 è anche la rete dei medici di base, in relazione al cui operato può prospettarsi una responsabilità dell'ASL, come riconosciuto, in generale, anche dalla Cassazione nel 2015, per cui «*l'ASL è responsabile civilmente, ai sensi dell'art. 1228 c.c., del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal S.S.N. in base ai livelli stabiliti secondo la legge*»¹¹.

3. La responsabilità degli esercenti la professione sanitaria ai tempi del Coronavirus

L'emergenza sanitaria ha impattato su molti diritti fondamentali¹², ma il primo a venire toccato è evidentemente il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

¹⁰ Secondo il rapporto della Corte dei Conti, non sarebbe solo una questione di quantità della spesa sanitaria pubblica (che resta comunque notevolmente inferiore a quella, per esempio, della Germania e della Francia), ma anche della sua qualità, in termini di destinazione delle risorse funzionale a garantire efficacia, efficienza nonché adeguati livelli essenziali di assistenza.

¹¹ Cassazione civile, 27 marzo 2015, n. 6243.

¹² Una vera crisi dei diritti fondamentali della persona, sacrificati per arginare la diffusione del virus. In particolare, si fa riferimento ai diritti alla privacy e alla riservatezza, alla libertà di iniziativa economica, al diritto allo studio, alla libertà di esercizio del culto religioso e alla libertà di circolazione, tanto da far ritenere che «il rischio che la restrizione dei diritti della persona possa creare un pericoloso precedente, che un futuro governo [...] potrebbe sfruttare, magari in una crisi legata alla sicurezza, per incidere pesantemente sulle libertà costituzionali [...] senza vaglio parlamentare e senza copertura costituzionale». Si veda F. DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: la responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2020, 3, p. 309 ss.

Riguardata dal profilo della responsabilità del personale medico e sanitario per il proprio operato, la questione assume contorni problematici. Come noto, infatti, la responsabilità medica è regolata dalla Legge 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge Gelli-Bianco¹³, il cui art. 5 prevede che «[...] gli esercenti le professioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi dell'art. 3 [...]. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

La vera questione risiede nel fatto che mancavano (e sotto certi profili, ancora mancano) raccomandazioni e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica in tema di Covid-19. Il Coronavirus, quale pandemia globale mai studiata dalla comunità scientifica e dilagata in Italia prima che nel resto d'Europa, integrerebbe quindi il caso eccezionale di cui all'art. 2236 c.c. nel caso in cui la terapia prescelta non abbia porta-

In tema, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile al tempo del Covid-19, in Danno e Resp.*, 2020, 4, p. 425, dove si afferma che la necessità di monitorare la salute di tutti i cittadini e di poterla, in qualche modo, migliorare tramite la creazione di un *app* in grado di tracciare tutti i possibili contatti avuti da una persona contagiata o asintomatica, genera un conflitto con il rispetto del diritto alla privacy, il quale potrebbe essere compromesso se viene superato il limite delle informazioni necessarie per tutelare il diritto alla salute.

¹³ Cfr. *ex multis*, G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3; M. FRANZONI, *La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, 2; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2017; M. FRANZONI, *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impr.*, 2015, 3, p. 587; R. CATALDI, C. MASTRICARDI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI, V. ZATTI, *La responsabilità professionale del medico: tutela civile e profili penali*, Santarcangelo di Romagna, 2009; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013; F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge Gelli)*, Milano, 2017; N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012; C. BOTTARI, P. DE ANGELIS, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bologna, 2018.

to alla guarigione (proprio per l'assenza di linee guida o buone pratiche), ma anche per giustificare l'imperizia dei medici non specializzati (o in possesso di specializzazioni non afferenti alla infettivologia) i quali, assunti o impiegati per sopperire alle carenze di organico nel contesto emergenziale, non abbiano seguito in maniera per questo incolpevole le *leges artis*.

Vale la pena qui di ricordare che la *ratio* della norma, siccome illustrata nel n. 917 della Relazione al codice, consiste nell'obiettivo di conciliare «due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiustificate rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» stesso¹⁴.

L'applicazione dell'art. 2236 c.c., come sopra richiamato, in un contesto di pandemia¹⁵ è confermata anche dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, al primo comma dell'art. 91¹⁶, con cui si è introdotta una disposizione volta a favore del debitore, il cui inadempimento sia da ricondurre causalmente all'osservanza delle misure di contenimento¹⁷. In alcuni casi, poi, la pande-

¹⁴ Cfr. M. FACCIOLO, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da M. FRANZONI, Bologna, 2011, p. 61 ss.; R. DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 561.

¹⁵ Cfr. E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *questionegiustizia.it*, 10 aprile 2020, sottolinea però come «la pandemia [...] non incide sulla perizia, implicando problemi tecnici di speciale difficoltà, ma sulle comuni regole di diligenza e prudenza, da seguire per la conservazione della possibilità di adempiere la prestazione professionale. Il problema posto dalla pandemia è quello della sproporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero dei pazienti su cui è necessario intervenire. [...] L'intervento sanitario imposto dalla pandemia segue procedure vincolate, le quali possono acquistare anche il carattere della routinarietà per il tipo di patologia da trattare».

¹⁶ L'art. 91, comma 1 dispone che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

¹⁷ Alla base di tale immunità vi è l'intento di scongiurare che «i debitori si trovino a subire gli effetti di impedimenti non imputabili alla propria sfera di rischio clinico [...] e salvaguardare la stabilità di contratti che, diversa-

mia integra il caso di forza maggiore¹⁸, il quale escluderebbe il fatto illecito del medico.

Il tema della responsabilità degli operatori sanitari avrebbe dovuto essere inciso in senso limitativo dal Decreto-Legge in esame (c.d. ‘Cura Italia’) con un emendamento, il quale introduceva un’eccezione provvisoria all’art. 590 *sexies* c.p.¹⁹, limitando la responsabilità penale di medici e infermieri ai soli casi di colpa grave per la durata dell’emergenza, con la contraddittoria equiparazione di medici, operatori socio-sanitari impegnati in prima linea e figure politiche apicali, incaricate di scelte operative e logistiche; emendamento poi ritirato. La proposta emendativa in particolare escludeva la responsabilità civile ed erariale per «tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l’emergenza epidemologica Covid-19».

Sul punto, si sottolineava da più parti che la mancata distinzione tra la mera occasionalità temporale e la causalità materiale trovata nell’emergenza avrebbe di fatto avallato ogni irresponsabilità anche per colpevoli violazioni non ricollegabili direttamente allo stato di emergenza, con grave pregiudizio sia sul piano giuridico (in termini di irragionevolezza) che sul piano della gestione della sanità²⁰.

mente, sarebbero stati esposti a rischi distruttivi, con ricadute senz’altro negative sull’economia e sul benessere della società». Così A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2020.

¹⁸ Sul punto, può qui sottolinearsi che, in un ambito seppure ben diverso, la *ICC Force Majeure clause*, anche nella sua ultima versione, annovera esplicitamente (lett. e) fra i casi proprio l’epidemia, e quindi *a fortiori* la pandemia.

¹⁹ Il secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. subordina infatti la possibilità del sanitario di beneficiare di una delle cause di non punibilità, all’osservanza di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. È qui evidente come l’assenza di *best practices*, di protocolli comuni che regolino l’attività diagnostica-terapeutica abbia indotto a considerare un allargamento dell’area della non punibilità.

²⁰ Un’altra proposta contenuta nel medesimo emendamento prevedeva che «Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto

Operando un confronto con le soluzioni adottate oltreoceano sul punto, va rilevato che nelle norme proposte non era presente un'estensione dello 'scudo penale o civile' anche ai produttori di dispositivi medici o di farmaci, come è accaduto invece negli U.S.A.²¹.

Di tutti gli emendamenti non è rimasta sostanzialmente traccia nella legge n. 27 del 24 aprile 2020 di conversione del Decreto-Legge, per cui la questione deve essere ricondotta entro il sistema normativo esistente. In particolare, con ri-

al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore». La norma proposta non si riferisce alla quantificazione conseguente ad un accertamento della responsabilità in quella sede ma ad elementi da considerare nell'accertamento stesso della responsabilità. Tale risultato è contrario rispetto ai principi ispiratori del diritto vivente e ai valori costituzionali di riferimento. Cfr. G. COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del Coronavirus...e dopo*, in *Danno e resp.*, 2020, 3, p. 297.

²¹ Diversi stati degli Stati Uniti tra cui New York, New Jersey e Michigan hanno adottato leggi che in qualche modo conferiscono agli operatori sanitari, da un lato, e agli ospedali dall'altro, «l'immunità dalla responsabilità civile per qualsiasi infortunio o morte che si ritiene siano stati sostenuti a causa di atti o omissioni commessi in buona fede» durante la crisi e anche lo *U.S. Department of Health and Human Services* ha dichiarato pubblicamente che le contromisure mediche contro Covid-19 saranno immuni da responsabilità in base alla legge federale e statale, estendendo tale 'immunità' all'uso e alla prescrizione di farmaci e dispositivi. Allo stesso modo, per lo stato di New York, il Governatore Andrew Cuomo ha emesso un ordine esecutivo che è stato codificato in *Emergency o Disaster Treatment Protection Act* (EDTPA), che garantisce l'immunità qualificata a ospedali, case di cura, amministratori e operatori sanitari da responsabilità civile e penale derivante da azioni e omissioni per tutta la durata dell'emergenza. D'altra parte, l'immunità non si applica alla negligenza grave, intesa quale «indifferenza imprudente verso i diritti degli altri» («reckless indifference to the rights of others»: cfr. *Kalisch-Jarcho Inc. vs. City of New York* (N.Y. 1983)), e alla cattiva condotta imprudente. A differenza della legge federale che nega l'immunità solo in situazioni di «cattiva condotta intenzionale» che richiede la prova della consapevolezza cosciente dell'errore.

Analoghe istanze di categoria aventi ad oggetto richiesta di norme che prevedano immunità da responsabilità per colpa medica degli operatori sanitari sono state avanzate nel Regno Unito dalla *Medical Defence Union* (Covid-19: 'Grant doctors immunity from clin neg claims', esenzione che si è successivamente tentato di estendere anche alla responsabilità delle strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private ed alle figure professionali-tecniche amministrative del Servizio sanitario con un emendamento – poi ritirato – in sede di conversione del relativo decreto).

ferimento alla figura dell'esercente la professione sanitaria, le ipotesi di responsabilità a lui addebitabili, nel contesto di emergenza sanitaria, sono riconducibili, da un lato, al momento diagnostico e, dall'altro, a quello terapeutico e di somministrazione delle cure.

Sul punto, va fin da subito rilevato anche come già la terza sezione civile della Cassazione, in generale, pur senza azzeccare ipotesi in termini prognostici sui futuri scenari giurisprudenziali, ha mostrato di ritenere che vi siano già, nell'interpretazione della legge Gelli consolidatasi con le c.d. sentenze di 'San Martino *bis*'²², indicazioni idonee a calmierare la materia e a salvaguardare la posizione del personale sanitario.

Occorre qui ricordare che in tema di nesso causale e danno evento la Suprema Corte, con sentenza 11 novembre 2019, n. 28991²³, ha affermato che «In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle '*leges artis*' nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanita-

²² Cfr. M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e resp.*, 2020, 1, p. 7 ss.

²³ Su cui v., in particolare, *Foro it.*, *Gli speciali*, 2020, 1, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, p. 129 ss., con commenti di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*; F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*.

rio, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione»: dando sostanzialmente continuità al proprio consolidato orientamento²⁴ secondo cui incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento di danno quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito ma anche nel caso di responsabilità contrattuale²⁵.

Nell'ottica della Corte, una volta che il creditore abbia provato, anche attraverso presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, il debitore, dovrà provare l'adempimento, ovvero che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile, così delineandosi «un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle». In altre parole, come sottolinea la Cassazione, il nesso di causalità materiale

²⁴ Cfr. Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 23 ottobre 2018, n. 26700; 20 agosto 2018, n. 20812; 13 settembre 2018, n. 22278; 22 agosto 2018, n. 20905; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199; 13 luglio 2018, n. 18549; 13 luglio 2018, n. 18540; 9 marzo 2018, n. 5641; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698; 7 dicembre 2017, n. 29315; 14 novembre 2017, n. 26824; e, ancora precedenti, Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; 17 gennaio 2008, n. 867; 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 26 febbraio 2013, n. 4792; 31 luglio 2013, n. 18341; 12 settembre 2013, n. 20904; 20 ottobre 2015, n. 21177; 9 giugno 2016, n. 11789.

²⁵ Sul punto, si veda Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2018, p. 345 ss., con nota di G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*. Cfr. F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss. In senso critico, R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, p. 3582 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 248 ss.; A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1.

che è onere del creditore della prestazione professionale provare è quello sussistente fra intervento del sanitario e danno evento in termini di peggioramento della situazione patologica (ovvero di insorgenza di nuove patologie), mentre «il nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218)». Se perciò viene data la prova della causa di esonerazione, tale aggravamento è riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è mancato per causa non imputabile al medico, discendendone la conclusione che, laddove resti ignota a causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul creditore della prestazione professionale, mentre se rimane ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadranno sul debitore. Nelle obbligazioni di *facere* professionale dunque la causalità (materiale) non coinciderebbe con l'inadempimento, e l'esatta esecuzione della prestazione non procurerebbe, di per sé, la soddisfazione dell'interesse del creditore: derivandone che tale scollamento tra la causalità dell'inadempimento e l'inadempimento stesso renderebbe la sussistenza del nesso eziologico un fatto costitutivo del diritto al risarcimento, onerandone della prova quindi l'attore in ossequio ai criteri di ripartizione del carico probatorio²⁶.

La questione della prova del nesso causale, nell'avvicinarsi degli orientamenti della Cassazione, era stata affrontata dalla nota sentenza delle sezioni unite n. 577 del 2008²⁷, che aveva obliterato il nesso causale tra i fatti da provare per

²⁶ N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova Giur. Civ. com.*, 2020, 2, p. 327 ss. (in part. p. 329).

²⁷ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2008, I, p. 612 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione; Danno e resp.*, 2008, p. 788 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

ottenere il risarcimento del danno, per cui l'eliminazione del nesso causale dai fatti costitutivi della pretesa risarcitoria non veniva argomentata dalla Corte, realizzandosi con l'attrazione del nesso causale all'inadempimento, con ciò confermando un orientamento²⁸ inteso a tradurre nell'ambito della responsabilità medica il principio in tema di inadempimento e onere della prova, formulato dalle sezioni unite qualche anno prima. Il tratto distintivo della responsabilità medica è la possibile incisione dell'operato del sanitario, diretta e non episodica, sul diritto fondamentale del creditore alla salute, per cui «l'interesse di protezione non acquista un rilievo autonomo, nei limiti in cui la persona o la cosa del creditore ne formano il sostrato della prestazione pattuita»²⁹. Di qui la necessità di porre luogo ad un'indagine volta ad accertare il nesso eziologico tra inadempimento ed il danno alla salute, nella forma del peggioramento delle condizioni del paziente o dell'insorgere di nuove patologie, derivante dall'allegazione da parte del paziente di un danno conseguenza dell'inadempimento, quindi di un evento di danno che si sia prodotto, nel quadro di un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente, in un momento successivo all'inadempimento e rispetto al quale l'inadempimento si ponga come causa.

I primi tentativi effettuati al fine di «incoraggiare azioni giudiziarie nei confronti dei medici e dei professionisti sani-

²⁸ Cfr. Cass., 21 giugno 2004, n. 11488; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 1, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*. Sul punto, si vedano anche A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 38 ss.; G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 141 ss.; U. IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss.

²⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185, ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, p. 141 ss., in cui si sottolinea come pure «Sotto questo profilo l'interesse del creditore ad assicurare la propria persona o la propria cosa dalla specifica possibilità di danno, determinata dal contatto con l'attività del debitore, si identifica con l'interesse all'(esatto) adempimento».

tari impegnati in prima linea sul fronte dell'emergenza» sono stati puntualmente stigmatizzati anche dal C.N.F., sul piano della violazione deontologica del dovere di competenza, oltre che dei doveri di corretta informazione e del divieto di accaparramento di clientela. Andrebbe poi aggiunto che, con riguardo ai casi di danno da contagio, si è il più delle volte in presenza di c.d. danni anonimi, per cui la pronuncia di una sentenza di condanna nei confronti di uno o più operatori sanitari potrebbe incontrare l'ostacolo, come già abbondantemente sperimentato nella giurisprudenza in materia di infezioni nosocomiali, rappresentato dall'impossibilità di identificare con precisione il singolo soggetto (o i singoli soggetti) cui ascrivere la condotta che ha effettivamente causato l'evento avverso; pertanto, in queste ipotesi presumibilmente la questione finirà per spostarsi sulla responsabilità 'organizzativa' della struttura sanitaria, di cui *supra*.

In un contesto emergenziale, caratterizzato dall'assenza di univoche indicazioni terapeutiche, è d'altra parte frequente il ricorso a terapie sperimentali o alla somministrazione di farmaci registrati per un diverso impiego, i quali provochino un danno al paziente, ipotesi ricadenti nella fattispecie di responsabilità oggettiva di cui all'art. 2050 c.c. connessa alla pericolosità derivante dalla somministrazione di farmaci ancora 'sperimentali', alla stregua della quale il danneggiante potrà, per esimersi da responsabilità, solo dimostrare di «aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»³⁰.

Per il danno derivante dalla somministrazione di un farmaco c.d. *off-label*, per tale intendendosi il medicinale già registrato, ma utilizzato in modo non conforme a quello previsto, il quadro normativo di riferimento è costituito dall'art. 3, Legge n. 94 del 1998 che, al primo comma, impone al medico di attenersi «alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle mo-

³⁰ Si vedano F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Milano, 2008, p. 111 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, p. 400 ss. Per una disamina della natura e delle interpretazioni giurisprudenziali della responsabilità ex art. 2050 c.c. si richiama P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, p. 401 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 449 ss.

dalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dal Ministero della sanità». Il secondo comma introduce poi la facoltà, per il medico, di «impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1 del decreto legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648», sempre che sussistano determinate condizioni. In primo luogo, che il medico stesso ritenga, *in base a dati documentabili*, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione: purché tale impiego *sia noto e conforme* a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale, previa specifica informazione del paziente e acquisizione del consenso informato dello stesso, e ferma restando la diretta responsabilità del sanitario.

Sotto quest'ultimo profilo, potrebbe verificarsi, come in effetti nei momenti di piena emergenza è accaduto, l'ipotesi che un paziente affetto da Coronavirus sia sottoposto a un trattamento in assenza della preventiva informativa da parte del medico; in tal caso sarà esente da responsabilità qualora il mancato rilascio del consenso informato sia dovuto ad assoluta urgenza del trattamento sanitario.

Pertanto, in caso di pregiudizio derivante dalla somministrazione di un farmaco 'fuori etichetta' o di una 'terapia sperimentale', a fronte della prova della sussistenza del danno, gravante sul paziente, l'esercente dovrà dimostrare, per essere esente da colpa, che la peculiarità del caso di specie rendeva opportuna la somministrazione del farmaco data l'assenza di indicazioni terapeutiche per trattare il Coronavirus, l'accreditamento di quel medicinale fuori etichetta da parte di studi scientifici e l'attenta sorveglianza in merito allo svolgimento e all'evoluzione della cura.

Infine, si potrebbe configurare anche una responsabilità deontologica in capo al medico per le posizioni assunte in tema di vaccini. In particolare, l'Ordine dei medici chirurghi e

odontoiatri di Bologna propone l'applicazione di sanzioni disciplinari nei confronti dei medici che rendano dichiarazioni pubbliche contro il vaccino anti-Covid, avendo la commissione vaccini istituita in seno allo stesso predisposto un documento intitolato *Il medico di fronte alla vaccinazione anti-Sars-CoV-2*, nel quale si prende una posizione molto netta in punto a tale questione. Ivi si legge infatti che «Se non vi sono controindicazioni individuali, che risultano ad oggi veramente rare, la vaccinazione deve essere effettuata»; e ancora che «Non sarebbe deontologicamente corretto e né rispettoso delle vittime da Covid-19, in particolare in questo momento storico, che da parte anche solo di pochi medici provenissero voci contrarie alla vaccinazione, non sostenute da alcuna evidenza e basate solo su notizie non verificate o, peggio ancora, artatamente interpretate».

Le norme deontologiche nello specifico che verrebbero in rilievo sul punto sono gli artt. 1 e 3 del codice di deontologia medica³¹ in relazione ai doveri generali del medico, gli artt. 5 e 6 in tema di promozione della salute, ambiente e salute globale, nonché di qualità professionale e gestionale; infine gli artt. 32 in relazione ai doveri del medico nei confronti dei soggetti fragili e 35 in tema di consenso e dissenso informato.

4. *L'infortunio per Covid-19 e la sicurezza del personale sul luogo di lavoro*

Su altro versante, va invece considerata l'ipotesi di contagio da Covid-19 degli operatori sanitari, legata al servizio da essi prestato. Infatti, durante il periodo dell'emergenza epidemiologica il personale medico-sanitario è in linea teorica tute-

³¹ Sulla natura delle regole di deontologia medica, si veda G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv.It. Med. leg.* 2007, p. 551, per cui le norme della deontologia medica hanno superato la «tradizionale connotazione corporativistica» per indirizzarsi in modo prepotente verso «l'attuazione di finalità di interesse pubblico, pertinenti alla protezione del bene – costituzionalmente rilevante – della salute del malato».

lato, sul luogo di lavoro, da un protocollo di intesa, sottoscritto dalle parti in data 26 marzo 2020, per la prevenzione e la sicurezza dei lavoratori in ambito sanitario, che rappresenta il *follow-up* del protocollo di regolazione delle misure di contrasto e contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro, già sottoscritto il 14 marzo 2020.

Le parti sociali hanno posto in luce la necessità di adottare rigorosi *standard* di protezione in base al principio di precauzione³² e alle evidenze scientifiche, nella misura in cui si prevede che «la valutazione del rischio di esposizione al Sars. CoV-2, sarà effettuata dal datore di lavoro nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. 81/2008 e in base alle disposizioni fornite con circolari del Ministero del lavoro».

Viene in rilievo, sotto questo profilo, quindi, la responsabilità del datore di lavoro quale titolare di obblighi di protezione ai sensi dell'art. 2087 c.c., onerato di predisporre e attuare adeguati percorsi di sorveglianza sanitaria per i lavoratori, con particolare riferimento, da un lato, a quelli che siano venuti a contatto con pazienti positivi al Covid-19, dall'altro quelli con fragilità, oltre che della necessità di fornire agli stessi dispositivi di protezione individuale (DPI) «nella quantità adeguata e con rispondenza degli stessi ai requisiti tecnici necessari a tutelare la salute sia dei professionisti ed operatori che dei cittadini, garantendo altresì idonei percorsi di addestramento al corretto utilizzo degli stessi».

³² Il principio di precauzione, espressamente previsto con riferimento alla materia ambientale nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea all'art. 191, ha assunto portata generale a partire dalla comunicazione della Commissione COM (2000), 1, del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione, in cui la Commissione Europea ha dichiarato applicabile detto principio «a qualunque misura di gestione dei rischi». Cfr. sul punto, F.D. BUSNELLI, *Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura*, in *Regole dell'agricoltura e regole del cibo*, a cura di M. GOLDONI, E. SIRSI, Pisa, 2005, p. 115 ss.; ID., *Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 513; nonché R. PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumento dell'analisi economica del diritto*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di G. COMANDÉ, Milano, 2006, p. 13. Per il principio di precauzione in ambito biomedicale si veda B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016.

Le parti sociali invitavano il Ministero del lavoro ad emanare una circolare con la quale si richiamassero le aziende sanitarie a denunciare l'infortunio sul lavoro del personale sottoposto a quarantena per il Covid-19³³.

L'art. 26, D.L. n. 18/2020 ha poi stabilito per il settore privato che il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico, restando implicitamente escluso dall'ambito applicativo della norma il settore pubblico, che avrebbe dovuto imputare l'evento a congedo ordinario. Successivamente, in conseguenza delle modifiche della Legge di conversione, si è inteso mitigare tale disparità di trattamento, prevedendo che il dipendente pubblico che manifesti sintomi febbrili rientra nel regime di malattia ordinaria; tuttavia, qualora fosse poi accertato che sia un soggetto affetto da Covid-19, non si applica la decurtazione. In sede di conversione, è stato pure introdotto un periodo al primo comma dell'art. 87, D.L. n. 18/2020, volto ad equiparare al ricovero ospedaliero il periodo trascorso in malattia o in sorveglianza attiva, ovvero in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Infine, si è pure previsto che in caso non sia possibile fare ricorso al lavoro agile e non sia possibile utilizzare gli strumenti offerti dalla contrattazione collettiva³⁴, le amministrazioni possono esentare il personale dal servizio per il periodo di assenza dal servizio imposto dai provvedimenti relativi al contenimento del fenomeno epidemico da Covid-19.

In particolare, nel settore sanitario di cui ci si occupa, trova applicazione l'art. 42, comma 2 del D.L. n. 18/2020³⁵, secon-

³³ Si veda, in generale, P. ACCONCIA, *L'infortunio sul lavoro e le malattie professionali*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da B. BUSSI, M. PERSIANI, Padova, 1981, p. 58 ss.

³⁴ La norma parla di ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazioni o altri analoghi istituti.

³⁵ Cfr. art. 42 Disposizioni INAIL: «1. In considerazione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020, il decorso dei termini di decadenza relativi alle richieste di prestazioni erogate dall'INAIL è sospeso di diritto e riprende a decorrere dalla fine

do cui, in caso di infezione da Coronavirus contratto in occasione di lavoro, il medico certificatore deve redigere il certificato di infortunio inviandolo telematicamente all'INAIL, che assicura la relativa tutela dell'infortunato, e che le prestazioni INAIL siano erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato. Il *dies a quo* ai fini del computo della decorrenza della tutela è rappresentato dalla data di attestazione positiva dell'avvenuto contagio tramite il test specifico di conferma da parte delle autorità sanitarie.

Si prevede anche che, in caso di omessa denuncia da parte del datore di lavoro, il lavoratore debba inviare una comunicazione alla struttura sanitaria di appartenenza e all'INAIL, con la quale si chiede l'invio tempestivo della denuncia di infortunio sul lavoro, fornendo i riferimenti del certificato medico, il numero identificativo, la data di rilascio e i giorni di prognosi previsti nel certificato stesso.

L'INAIL inquadra, in definitiva, le infezioni dovute a Covid-19 nell'infortunio sul lavoro per i dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale e di qualsiasi altra struttura sanitaria pubblica o privata assicurata con l'INAIL, riconoscendo quali destinatari i medici, gli infermieri e gli altri operatori sanitari per i quali sia accertata l'origine del contagio nell'ambiente

del periodo di sospensione. Sono altresì sospesi, per il medesimo periodo e per le stesse prestazioni di cui al comma 1, i termini di prescrizione. Sono, infine, sospesi i termini di revisione della rendita su domanda del titolare, nonché su disposizione dell'Inail, previsti dall'articolo 83 del D.P.R. n.1124 del 1965 che scadano nel periodo indicato al comma 1. Detti termini riprendono a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. /2. Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati».

di lavoro oppure per causa comunque legata allo svolgimento dell'attività lavorativa³⁶. Con ciò si considera cioè il rischio da infezione da Sars-CoV-2, in considerazione delle specifiche caratteristiche dell'attività lavorativa svolta dal personale sanitario, di tipo «specifico», purché lo stesso si sia verificato «in occasione di lavoro»³⁷.

Una fattispecie affatto particolare è poi quella relativa all'infezione da Covid-19 contratta durante il percorso casa-lavoro e viceversa (salvo eventualmente poi indagare la scelta del mezzo – si pensi alla pericolosità del trasporto pubblico – con cui raggiungere il luogo di lavoro in relazione al caso concreto), da ricondurre a infortunio *in itinere*, che ricomprende tutti i rischi del percorso casa-lavoro.

A complicare il quadro, si aggiungono sempre nuovi tasselli interpretativi, *a latere* dell'accesa diatriba sulla vaccinazione anti Covid-19, sul rifiuto del lavoratore di vaccinarsi, sugli obblighi del medico competente, sulla responsabilità del datore di lavoro.

Si leggano in questo senso, da un lato, le istruzioni operative fornite dell'INAIL il 1° marzo, nonché le FAQ del febbraio 2021³⁸ del Garante per la protezione dei dati personali sul

³⁶ In particolare, la circolare n. 13/2020 afferma che «nell'attuale situazione pandemica, l'ambito della tutela riguarda innanzitutto gli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus».

³⁷ Cass. civ., sentenza 13 maggio 2016, n. 9913 ha ribadito i principi che devono essere eseguiti nel determinare la riconducibilità all'«occasione di lavoro» dell'infortunio occorso al lavoratore. Secondo la Corte, affinché l'infortunio sia indennizzabile da parte dell'INAIL, non è necessario che sia avvenuto nell'espletamento delle mansioni tipiche disimpegnate dal lavoratore, essendo sufficiente, a tal fine, anche che lo stesso sia avvenuto durante lo svolgimento di attività strumentali o accessorie.

³⁸ Infatti, con comunicato stampa del 17 febbraio 2021, il Garante per la protezione dei dati personali ha annunciato la pubblicazione sul proprio sito di FAQ con l'intento di «fornire indicazioni utili ad imprese, enti e amministrazioni pubbliche, affinché possano applicare correttamente la disciplina sulla protezione dei dati personali nel contesto emergenziale, anche al fine di prevenire possibili trattamenti illeciti di dati personali ed evitare costi di gestione o possibili effetti discriminatori».

trattamento di dati relativi alla vaccinazione nel contesto lavorativo, che sottolineano in particolare come il datore di lavoro non possa chiedere, in linea di principio, né al dipendente se si è vaccinato né al medico competente i nominativi dei lavoratori vaccinati.

Nello specifico, alla terza domanda delle FAQ, in cui si legge che «La vaccinazione anti covid 19 dei dipendenti può essere richiesta come condizione per l'accesso ai luoghi di lavoro e per lo svolgimento di determinate mansioni (ad es. in ambito sanitario)?», il Garante ha risposto che in attesa dell'intervento del legislatore che «valuti se porre la vaccinazione anti Covid 19 come requisito per lo svolgimento di determinate professioni, attività lavorative e mansioni», «allo stato, nei casi di esposizione diretta ad “agenti biologici” durante il lavoro, come nel contesto sanitario che comporta livelli di rischio elevati per i lavoratori e per i pazienti, trovano applicazione le “misure speciali di protezione” previste per taluni ambienti lavorativi, in particolare l'art. 279 Del Titolo X del d.lgs. 81/2008)»³⁹.

Da ultimo, è intervenuto il legislatore, che con l'art. 4, comma 1 de. D.L. n. 44 del 1° aprile 2021 ha stabilito che, «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assi-

³⁹ In questo quadro, quindi, solo il medico competente può trattare i dati personali relativi alla vaccinazione dei dipendenti per, se del caso, tenerne conto in sede di valutazione dell'idoneità alla mansione specifica, mentre il datore di lavoro dovrà invece limitarsi ad attuare le misure indicate dal medico competente nei casi di giudizio di parziale o temporanea inidoneità alla mansione cui è adibito il lavoratore. Laddove nella valutazione dei rischi, il Covid 19 sia considerato un rischio per la salute dei lavoratori, il datore di lavoro dovrebbe adottare misure protettive particolari, ai sensi dell'art. 279 D.Lgs. n. 81/2008, fra cui «la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione». In tal caso, a fronte del lavoratore che non si vaccina, lo stesso verrebbe sottoposto al giudizio di idoneità da parte del medico competente: in caso di inidoneità alla mansione specifica, il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 42 D.Lgs. n. 81/2008, attuerebbe le indicazioni del medico competente, adibendo il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute; salvo l'eventualità che non sia disponibile altra mansione, per cui rimarrebbe la possibilità della sospensione dalla prestazione o del recesso datoriale.

stenza», la vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati⁴⁰, che svolgano la loro attività «nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali», persistendo l'obbligo fino alla completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini ex art. 1, comma 457, Legge n. 178 del 30 dicembre 2020.

Il relativo procedimento è articolato in più fasi, incardinate nella trasmissione degli elenchi da parte degli Ordini professionali e dei datori di lavoro a Regioni e Province Autonome (art. 4, comma 3); la verifica dello stato vaccinale dei soggetti rientranti negli elenchi e comunicazione nominativi alle Asl (art. 4, comma 4); l'invito delle ASL a presentare la documentazione concernente l'obbligo/adempimento (art. 4, comma 5, prima parte), nonché l'invito delle ASL a coloro che non hanno presentato i documenti a vaccinarsi (art. 4, comma 5, seconda parte) e adozione di relativo atto di accertamento e sospensione da parte delle ASL stesse (comma 6). Quindi, le ASL provvedono alla sospensione dallo svolgimento di prestazioni o mansioni «che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2».

⁴⁰ I soggetti obbligati sono «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario» (come evidenziate dal Ministero della salute nel proprio sito istituzionale tra le 'professioni sanitarie' quelle di farmacisti, medici chirurghi, odontoiatri, veterinari, biologi, fisici, chimici, psicologi, nonché gli esercenti le professioni sanitarie infermieristiche, ostetriche, tecnico sanitarie, della riabilitazione e della prevenzione; quanto agli 'operatori di interesse sanitario', si tratta di massofisioterapisti, operatori socio-sanitari, assistenti di studio odontoiatrico). Sarebbero pertanto esclusi dall'obbligo, in quanto non rientranti in dette due categorie, gli esercenti le arti ausiliarie delle professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, in cui sono inclusi i massaggiatori capi bagnini degli stabilimenti idroterapici, gli ottici, gli odontotecnici, le puericultrici, nonché coloro che, in collaborazione e/o alle dipendenze degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, svolgano prestazioni/mansioni di tipo diverso, ad esempio, amministrativo, commerciale.

Per le attività libero-professionali, invece, il comma 11 prevede l'obbligo in capo ai professionisti di adottare «le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

5. Conclusioni

Dunque, considerando entrambi i profili di responsabilità analizzati – quella nei confronti delle strutture sanitarie e dei sanitari che vi operano all'interno – si nota come siano suscettibili di venire in rilievo casi che rientrerebbero nell'area della c.d. *mass tort litigation*, ossia delle ipotesi nelle quali l'entità dei danni è tale da mettere in discussione una strategia rimediabile che resti collocata all'interno dei contorni della responsabilità civile⁴¹.

Sul punto, si è pure ipotizzata l'introduzione di un meccanismo di tipo indennitario per far fronte ai pregiudizi alla salute derivanti dalla pandemia, suscettibile di determinare, oltre all'acquisizione di risorse finanziarie da parte dei beneficiari in tempi ragionevoli, anche l'adozione di una tecnica di liquidazione degli indennizzi capace di assicurare la prevedibilità degli stessi da parte dei destinatari⁴².

⁴¹ Cfr., sul punto, G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 327 ss., il quale osserva che «quando la quantità dei danni è tale da determinare una più rilevante aggressione alle caratteristiche consuete della responsabilità civile, più forte si fa l'esigenza di trovare nuovi percorsi di tutela, senza limitarsi al piano della gestione individuale della controversia». Si sottolinea pure che, per quanto concerne l'azione risarcitoria derivante da un eventuale ritardo nell'adozione di provvedimenti restrittivi (quindi di atti in senso lato normativi da parte di organismi statali o regionali) essa ha rappresentato, in concreto, l'estrinsecazione di un potere politico, in quanto tale libero nei fini, incoercibile e soprattutto al sindacato giurisdizionale.

⁴² Cfr., per l'affermazione di questo principio, Cass. sez. un., 19 maggio 2016, n. 10319.

Con specifico riferimento alle pretese risarcitorie contro le P.A. preposte all'organizzazione delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale può in questa sede essere utile il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di violazione del diritto alla vita, riconosciuto dall'art. 2 CEDU, che ha affermato come una violazione di tale diritto possa ricorrere solo qualora sia provata una disfunzione strutturale dell'ospedale in cui il danneggiato sia ricoverato, così da causare il diniego dell'accesso del danneggiato al trattamento medico: principio che declinato con specifico riferimento alla situazione emergenziale determinata dalla pandemia lascia comunque ampi margini di incertezza.

FRANCESCA MOLLO, La responsabilità in ambito sanitario in tempo di pandemia da Covid-19

L'articolo analizza i profili di responsabilità in ambito sanitario emersi in relazione all'emergenza sanitaria da Covid-19, dapprima sotto il profilo della responsabilità della struttura sanitaria, anche alla luce della più recente evoluzione normativa. In secondo luogo affronta il tema della responsabilità del personale sanitario, tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali in materia. Infine si occupa del tema degli infortuni sul lavoro dei sanitari nel contesto della pandemia da SARS-CoV-2, analizzando i profili di maggiore interesse in tema.

Parole chiave: responsabilità medica, colpa medica, responsabilità struttura sanitaria, legge Gelli-Bianco, Covid-19, pandemia, emergenza sanitaria.

FRANCESCA MOLLO, Responsibility in health care in times of a Covid-19 pandemic

The article analyzes the profiles of responsibility in the health sector that emerged in relation to the health emergency from Covid-19, first in terms of the responsibility of the health facility, also in light of the most recent regulatory evolution. Secondly, it deals with the issue of the responsibility of healthcare personnel, taking into account the jurisprudential guidelines on the subject. Finally, it deals with the issue of occupational accidents of health professionals in the context of the SARS-CoV-2 pandemic, analyzing the profiles of greatest interest in the subject.

Key words: medical liability, medical fault, health facility responsibility, Gelli-Bianco law, Covid-19, pandemic, sanitary emergency.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2021

Miscellanea

<i>Nicoletta Sarti</i> , Una finestra, un cortile, una monaca. Un famoso passo manzoniano « <i>sub speculo iuris</i> ».....	925
<i>Elvio Ancona</i> , Dante politico nel Novecento. Dalla teologia politica all'umanesimo politico.....	971
<i>Lea Quertzola</i> , Prova testimoniale e profili psicologici della memoria.....	995
<i>Francesco Godano</i> , Le pratiche criminali e la loro 'sistematicità'. <i>Defensio ante torturam</i> e <i>defensio ante condemnationem</i> nell'evoluzione della criminalistica italiana fra XIII e XVI secolo.....	1011
<i>Francesca Mollo</i> , La responsabilità in ambito sanitario in tempo di pandemia da Covid-19.....	1059
<i>Claudio Gentile</i> , La ratifica e l'adeguamento delle Intese tra Italia e Santa Sede in materia di assistenza spirituale alle Forze armate, di comunicazione all'autorità ecclesiastica dei procedimenti penali e di assunzione delle testimonianze dei cardinali. Prime considerazioni.....	1093
<i>Enrico Giarnieri</i> , Specificità del principio di legalità negli ordinamenti canonico e vaticano.....	1117
<i>Paolo Mammola</i> , Assegno non trasferibile e contatto sociale qualificato: una rassegna di dottrina e giurisprudenza (Parte I)	1151
<i>Paolo Costa</i> , Un <i>constitutum</i> o un' <i>expromissio</i> nell' <i>Epistula ad Philemonem</i> ? Una nota esegetica tra <i>Rechtsgeschichte</i> e <i>Wirkungsgeschichte</i>	1179
Recensioni	1217

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.