

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

LA RESPONSABILITÀ SANITARIA AI TEMPI DEL COVID -19: Per uno speciale “diritto civile dell'emergenza” o per la autosufficienza delle regole giuridiche esistenti?

(VINCENZO RUGGIERO E CORINNA DELLA MONICA)

L'emergenza sanitaria generata dalla pandemia ha nuovamente posto al centro del dibattito politico-legislativo, ma anche giuridico, il tema della tutela giudiziaria delle Strutture e degli operatori sanitari per fatti e comportamenti connessi all'emergenza da Covid-19; in sede di conversione al Senato del Decreto Legge c.d. Cura Italia, tutte le compagini politiche hanno proposto emendamenti, funzionali a limitare la responsabilità delle Strutture e degli esercenti la professione sanitaria (ma anche dei Dirigenti tecnici - amministrativi) mediante un criterio di attenuazione del grado di imputazione della colpa. Gli emendamenti sono stati tutti ritirati approvandosi però un ordine del giorno che impegna il Governo ad occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi. Poiché sono state già ventilate iniziative giudiziarie di natura risarcitoria che probabilmente verranno incardinate in danno degli Ospedali e di medici ed infermieri, ci si è interrogati sui futuri scenari giudiziari che potranno manifestarsi nelle aule di Giustizia riflettendo allora in merito alle migliori strategie difensive da mettere in campo nell'interesse delle Aziende e dei singoli operatori tenendosi conto dell'attuale strumentario giuridico oggi esistente. Una ulteriore riflessione si è posta pure relativamente alle ricadute che la pandemia avrà sui contratti di assicurazione (in corso) per la responsabilità civile stipulati dalle Strutture sanitarie e dagli esercenti la professione medica ed infine ci si è domandati in che modo la nuova circolare Inail n. 13 del 2020 e la nota del 17.3.2020 che hanno adottato un meccanismo probatorio di presunzione semplice facendo refluire le infezioni da Covid 19 all'interno della categoria dell'infortunio sul lavoro impatteranno sui contratti di assicurazione privata infortuni, fortemente diffusi nel nostro Paese.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

The medical emergency caused by the pandemic has newly put to the centre of the political-legislative debate, but also juridical, the issue of the judicial protection of the Facilities and the medical operators for facts and behaviours connected to the COVID-19 emergency; in place of conversion at the Senate of the “Decreto Legge” c.d. Cura Italia, all the operating political dynamics that have proposed amendments, functional to limit the responsibility of the Facilities and the medical operators (but also of the technical-administrative Managers) through a criteria of easing of the degree of fault imputation. All the amendments have been withdrawn, but a daily order has been approved, which engages the Government to deal with this issue in future normative proceedings. Since there have been already alimented judicial initiatives of compensation for damage, that will probably be inserted within a context of damage of the Hospitals, doctors and nurses, the question arose regarding future judicial scenarios that will probably present in the Judicial courts, thus, reflecting about the best defensive strategies to protect Companies and individual operators also considering the current juridical tools present today. An ulterior reflection has come to the fore regarding the possible repercussions that the pandemic will have on private insurance contracts (ongoing) for the civic responsibility of which parties are medical Facilities and medical operators, and finally it has been questioned in which way the new “circolare Inail n. 13 del 2020” and the note of the 17.03.2020 (that has established a simplified mechanism of the burden of proof regarding the concept of COVID-19 infection among the category of work injuries) will impact on private insurance contracts for injuries, largely common in our country.

Sommario

I. L'esigenza di tutela di medici e operatori sanitari con riguardo ai futuri contenziosi per danni da <i>medical malpractice</i> conseguenti alla gestione della emergenza da pandemia Covid 19.	3
II. Gli emendamenti proposti al decreto “Cura Italia”: verso una limitazione della colpa.	5
III. Criticità e prospettive di soluzione tra strumenti vecchi e nuovi: l'esimente di cui all'art. 1218 c.c.	8
IV. Ricadute pratiche: le opzioni difensive per difendere al meglio le Strutture sanitarie.	15
V. I riflessi della pandemia sul rischio assicurativo – Spunti di riflessione su di un altro versante difensivo.	34
VI. Coronavirus ed infortuni sul lavoro: la incidenza sulle polizze assicurative.	48

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

I. L'esigenza di tutela di medici e operatori sanitari con riguardo ai futuri contenziosi per danni da *medical malpractice* conseguenti alla gestione della emergenza da pandemia Covid 19.

Proprio quando sembrava che la materia della responsabilità medica avesse trovato una sua più compiuta (e rimeditata) disciplina normativa nella cd. *Legge Gelli-Bianco* (Legge n. 24/2017) e un ulteriore assetto interpretativo realizzato per il tramite delle ultime sentenze della *Corte di Cassazione* c.d. di "*San Martino II*",¹ torna al centro del dibattito politico – legislativo, ma anche giuridico, il tema della tutela giudiziaria delle Strutture e degli operatori sanitari per fatti e comportamenti connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19.

La rapida diffusione del contagio ha impegnato e sta continuando ad impegnare la sanità pubblica e privata in enormi sforzi, umani, economici oltre che organizzativi, facendo nel contempo emergere (nella sua drammaticità) le criticità strutturali e le carenze di personale che caratterizzano il nostro Servizio sanitario ormai da tempo.

I medici e gli operatori sanitari si sono ritrovati, dunque, a dover essere impegnati in situazioni estreme, approfondendo sforzi straordinari che hanno costato loro persino la perdita della vita.

In questo quadro emergenziale, sempre più spesso descritto dai *media* evocandosi, forse in maniera un po' retorica, metafore belliche, ove i medici e gli infermieri sono descritti come i nuovi "*eroi in corsia*", impegnati "*in prima linea*", in "*trincea*" nella guerra contro il virus, diversi interventi di uomini politici ma anche del diritto, hanno segnalato l'esigenza di disegnare un nuovo modello di responsabilità sanitaria che potesse rispondere meglio all'emergenza da pandemia, ritenendo di dover intervenire per "mettere al sicuro" Strutture sanitarie, medici ed infermieri (ma anche Dirigenti amministrativi e non solo) dalle già ventilate iniziative giudiziarie di natura risarcitoria, vivacemente già messe all'indice dagli Ordini degli Avvocati e dei Medici².

Su tale scia di pensiero, Federico Gelli, cofirmatario della legge Gelli-Bianco (L.24/2017), ha affermato che: "*il coraggio di chi mette in gioco la propria vita deve*

¹ Si allude alle sentenze pubblicate dalla III sezione della S.C. in data 11.11.2019 con numeri da 28985 a 28994.

² Si veda la delibera n. 178 dell'1 aprile 2020 emanata dal CNF a seguito della segnalazione da parte dell'Ordine dei Medici di taluni studi legali che sponsorizzavano giudizi contro gli operatori sanitari, con cui il CNF invita tutti i COA e i CDD "a *vigilare su comportamenti indegni che ledono il decoro e la dignità della classe forense*" così esprimendo:

"*la propria solidarietà e gratitudine a tutti i medici, infermieri, personale sanitario in genere, e volontari che, a vario titolo, sono impegnati nella cura e nell'assistenza di coloro che sono stati colpiti dalla malattia e nell'aiuto alla cittadinanza - la propria vicinanza ai malati che lottano per la guarigione - il cordoglio a chi in questo periodo è nel dolore per la perdita di una persona cara assicura l'attenta vigilanza di questa Istituzione rispetto ai denunciati comportamenti di quei pochi iscritti che, indegnamente speculando sul dolore altrui in questo difficile tempo che vive il nostro Paese, disonorano l'Avvocatura tutta. Il Consiglio Nazionale Forense pertanto, nel condannare fermamente ogni comportamento in qualsiasi modo o forma espresso che miri a profitare professionalmente dell'attuale situazione emergenziale*"; il testo integrale della delibera lo si legge su : <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/677549/Comunicazione+a+COA+e+CD+D+%2802.04.2020%29.pdf/78cd32d8-bea6-4344-a076-4ca4b0ab6481>

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

*essere plaudito e tutelato. Da qui l'auspicio "di una nuova regola che, in termini netti, calibri e limiti la responsabilità civile e penale di coloro i quali, responsabilmente, fronteggiano la presente drammatica emergenza"*³.

Secondo questa opinione, cui si è aggiunta quella di diversi operatori pratici del diritto⁴, *"è il concetto stesso di emergenza, mai come adesso invocabile, a marcare la differenza"*, e sotto tale profilo, si è richiamata una **sentenza della Cassazione Penale** (est. Blaiotta) **n. 24528 del 10.6.2014**, la quale nell'affrontare il tema della applicabilità al diritto penale dell'art. 2236 c.c., ne ha fornito una lettura, e un'interpretazione applicativa contingentata alle *"situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili."*

La sentenza della S.C. così precisa:

*«Si è così affermato (Sez. 4, n. 39592 del 21 giugno 2007, Buggè, Rv. 237875) che la norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico ... come regola di esperienza cui il giudice può attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versa in una situazione emergenziale, sia quando il caso implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Questa rivisitazione della normativa civilistica appare importante, non solo perché recupera le ragioni profonde che stanno alla base del tradizionale criterio normativo di attenuazione dell'imputazione soggettiva, ma anche perché, in un breve passaggio, la sentenza pone in luce i contesti che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione benevola del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni nelle quali il medico si trovi ad operare in emergenza e quindi in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili. Quest'ultima notazione, valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa».*⁵

Secondo i primi commentatori,⁶ la situazione di emergenza causata dalla pandemia non potrà non incidere sulla valutazione del profilo soggettivo della colpa ascrivibile ai sanitari *"ponendo in perfetta connessione la colpa grave"* con le difficoltà endemiche di una urgenza terapeutica. In tal senso depongono pure la novità della patologia e la limitatezza delle conoscenze scientifiche disponibili.

³ F. GELLI, *"Coronavirus, fondazione Italia in salute scrive al governo. ora nuova legge su responsabilità dei medici durante l'emergenza"* in www.federicogelli.it al seguente link <https://www.federicogelli.it/coronavirus-fondazione-italia-in-salute-scrive-al-governo-ora-nuova-legge-su-responsabilita-dei-medici-durante-lemergenza/>;

⁴ P. MAUTONE, *"Responsabilità ai tempi del Covid"* in www.ridare.it; F. MARTINI, *"Impatto situazione emergenziale Coronavirus nell'ambito della responsabilità civile medica"* in www.ridare.it; M. HAZAN – D. ZORZIT, *"Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)"* in www.ridare.it; M. HAZAN – L. ISOLABELLA *"Coronavirus. La responsabilità nell'emergenza: non scudi ma regole"* in www.quotidianosanità.it;

⁵ Negli stessi termini vedi Cass. Pen. Sez. IV. 5-26.04.2011, n. 16328 secondo cui *"la difficoltà della diagnosi può ben essere accresciuta dalla urgenza che dunque consente l'applicazione anche in sede penale della scriminante di cui all'art. 2236 c.c."*.

⁶ v. note n. 3 e 4;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Allo stato non vi sono farmaci testati, linee guida terapeutiche condivise e consolidate nella comunità scientifica né buone pratiche clinico – assistenziali sicché appare piuttosto difficile che al medico possa essere rimproverato il fatto di non essersi attenuto, come dispone l'art. 5 “Gelli Bianco” alle “raccomandazioni previste dalle linee guida”, accreditate dalle istituzioni o, in loro mancanza, dalle “buone pratiche clinico – assistenziali”.

Su tale premessa, è stato invocato un (nuovo) intervento normativo – una sorta di scudo protettivo - che introduca un'attenuazione del criterio di imputazione della colpa attraverso una lettura più razionale dell'art. 2236 c.c., da intendersi quale punto di equilibrio tra la regola di responsabilità esigibile al medico e l'emergenza sanitaria in cui quest'ultimo si trova ad operare.

Allo stesso modo, le Associazioni di categoria del personale sanitario hanno richiesto alla classe politica di intervenire sull'impianto della legge Gelli-Bianco, introducendo una limitazione delle responsabilità in relazione agli eventi dannosi correlati all'emergenza epidemiologica; e ciò, sia per consentire a medici ed infermieri di poter lavorare senza tale afflizione psicologica collegata allo spettro del loro coinvolgimento in futuri giudizi, sia per evitare che nella fase post-epidemia la sanità pubblica (ma anche il mondo assicurativo) si ritrovi a dover esser esposto ad ingenti costi risarcitori oltre che legali erodendosi così risorse destinate alle cure.⁷

II. Gli emendamenti proposti al decreto “Cura Italia”: verso una limitazione della colpa.

L'esigenza di tutela di medici ed infermieri, avvertita da più parti, ha portato nella discussione parlamentare al Senato, fissata per la conversione in legge del decreto legge c.d. Cura Italia (D.L. n° 18/2020) alla presentazione di diversi emendamenti aventi un oggetto estraneo a quello del decreto legge, e funzionali ad introdurre nuove norme di carattere “emergenziale” - se così vogliamo definirle - in materia di responsabilità professionale dei sanitari.

Uno dei primi emendamenti⁸ è stato quello presentato a prima firma dal deputato del Partito Democratico, **Marcucci** che proponeva, sul piano della responsabilità civile, di aggiungere all'articolo 1 del decreto legge, la seguente disposizione normativa:

«Art. 1-bis. (Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione delle responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19)

⁷ Nel momento in cui si scrive il personale sanitario che conta 19.942 contagiati e 185 morti attraverso le sue rappresentanze sindacali ha presentato un esposto ai Nas oltre che alle procure di dieci Regioni: contestano alle aziende ospedaliere di non avere tutelato medici ed infermieri come dovuto. (fonte Corriere della Sera –articolo di Milena Gabanelli <https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/coronavirus-medici-denunciano-aziende-sanitarie-politica-vuole-scudo-penale/60471a8a-87c7-11ea-8a3a-5c7a635a608c-va.shtml>).

⁸ Tutti gli emendamenti che verranno richiamati nel presente lavoro, sono consultabili sul sito del Senato Atto Senato n. 1766

Fascicolo emendamenti n. 1 al seguente link http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/52873_testi.htm ;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

1. Per tutti gli eventi avversi **che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie - professionali - tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile:**

a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona;

b) a condotte caratterizzate da **colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere;**

c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione.

2. 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 al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore.»

L'indicato emendamento, che aveva trovato anche il parere favorevole del Governo, è stato poi modificato, risolvendo le prime problematiche applicative ed interpretative sorte immediatamente dopo la sua proposizione.

Sicché il nuovo emendamento Marcucci così prevedeva:

«Ibis. In ragione della novità ed eccezionalità dell'emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del COVID-19, in relazione agli eventi dannosi che in essa abbiano trovato causa, la responsabilità civile delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche o private, e degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24, è limitata ai casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave.

2. Ai fini del comma 1, si considera colpa grave quella consistente nella palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza. La valutazione della gravità della colpa è operata tenendo in considerazione anche la situazione organizzativa e logistica della struttura in relazione alla novità ed eccezionalità del contesto emergenziale, al numero di pazienti su cui è necessario intervenire e alla gravità delle loro condizioni, alla disponibilità di attrezzature e di personale, nonché al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore».

Nella nuova formulazione, la limitazione di responsabilità veniva circoscritta ai soli eventi che “abbiano trovato causa” nell'emergenza sanitaria, e non più a “tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui al DPCM del 31.01.2020” così superando le prime criticità sollevate in relazione al fatto che la iniziale limitazione di responsabilità era vincolata al solo parametro temporale (cioè che l'evento fosse accaduto durante

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

l'epidemia) indipendentemente dalla sussistenza di un nesso di causa rispetto alla emergenza sanitaria.

Nel nuovo testo veniva inoltre espunta la limitazione di responsabilità in favore degli “*esercenti le professioni tecnico-amministrative*” e veniva superata anche la problematica inerente l'individuazione dei prestatori sanitari oggetto di tutela, specificando che la limitazione interessa gli “*esercenti le professioni sanitarie di cui all'art. 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24*”.

Ulteriore emendamento, che ha suscitato fin da subito diverse critiche perché funzionale a mandare esente da responsabilità (civile, penale, amministrativa e contabile) non tanto il personale sanitario e sociosanitario quanto i suoi “*datori di lavoro*” per i danni arrecati al personale sanitario e ai terzi, è quello presentato a prima firma dal Senatore **Salvini**, che così proponeva:

«Art. 1-bis. (Responsabilità datori di lavoro operatori sanitari e sociosanitari)

1. **Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, nonché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare.**

2. **Dei danni accertati in relazione alle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall'insufficienza o inadeguatezza dei dispositivi di protezione individuale, risponde civilmente il solo ente di appartenenza del soggetto operante ferme restando, in caso di dolo, le responsabilità individuali.»**

Di identico tenore letterale anche l'emendamento con primo firmatario il Senatore **Quagliariello**, che però, come quello Salvini, è stato immediatamente ritirato in considerazione delle numerose critiche sollevate dai sindacati di categoria del personale sanitario, che avevano denunciato come la norma fosse funzionale a esonerare da responsabilità, civile, penale, contabile e da rivalsa i Direttori sanitari e datori di lavoro per i danni sofferti dal personale sanitario e da terzi.

Ulteriore versione proposta è quella presentata, a prima firma, dalla Senatrice di Forza Italia **Bernini** che prevedeva di aggiungere dopo il comma 1 i seguenti articoli:

«1-bis. **Per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 e ai provvedimenti attuativi, al di fuori in cui l'evento dannoso sia riconducibile a condotte intenzionalmente poste in essere per causare lesioni alla persona, a condotte caratterizzate da colpa grave ovvero a condotte gestionali e/o amministrative caratterizzate da dolo, gli esercenti le professioni sanitarie e i soggetti abilitati ai sensi dell'articolo 102 del presente decreto-legge, non rispondono civilmente o per danno erariale quando il profilo di colpa sia determinato da indisponibilità di mezzi o il soggetto abbia agito in situazione di urgenza allo scopo di salvaguardare la vita o l'integrità del paziente. ...**

1-quater. **Nella valutazione della sussistenza della colpa grave si considerano la proporzione tra le risorse e i mezzi disponibili e il numero dei pazienti da curare,**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

nonché le tipologie di prestazione svolta per fronteggiare le situazioni di emergenza rispetto al tipo di specializzazione posseduta dal personale.»

Si segnala – tra gli altri – anche l'emendamento proposto dal Movimento Cinque Stelle con primo firmatario il Senatore **Lomuti** che prevedeva, nella sua stesura definitiva, l'introduzione del seguente articolo:

«Art. 13-bis. (Disposizioni in merito al personale esercente le professioni sanitarie)

1. Per procedimenti giudiziari e stragiudiziali relativi ai fatti avvenuti nell'esercizio della professione sanitaria durante il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, le azioni di cui all'articolo 9 della legge 8 marzo 2017, n. 24, in deroga alle condizioni ivi previste, possono essere esercitate solo in caso di dolo l'esercente la professione sanitaria. Non si applica l'ultimo periodo del comma 6 del medesimo articolo.

2. In deroga a quanto previsto all'articolo 103, comma 5, del presente decreto, i termini dei procedimenti disciplinari avverso gli esercenti le professioni sanitarie pendenti presso le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente a tale data, sono sospesi per tutto il periodo di vigenza dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

Tale proposta, nella sua prima formulazione, affrontava il profilo delle spese legali cui il personale sanitario sarebbe stato esposto nelle future azioni giudiziarie che si profilano all'orizzonte, proponendo la difesa a spese dello Stato in deroga ai limiti di reddito per il gratuito patrocinio; tale aspetto però non è stato ripreso nella versione definitiva.

Il testo legislativo nella sua stesura finale come ipotizzato, mirava ad introdurre *i)* una limitazione all'esercizio dell'azione di rivalsa di cui all'art. 9 della Legge Gelli-Bianco alle sole ipotesi di dolo dell'esercente la professione sanitaria e *ii)* una sospensione dei procedimenti disciplinari nei confronti dei sanitari.

Così descritto (seppur sinteticamente) il quadro delle proposte legislative avanzate dalle diverse compagini politiche si evidenzia come i diversi emendamenti proposti in sede di conversione del Decreto legge Cura Italia **propendevano tutti** verso una limitazione di responsabilità delle Strutture sanitarie e degli esercenti la professione sanitaria attraverso **una attenuazione del criterio di imputazione della colpa**, limitandola ai soli casi di colpa grave (e dolo).

Tra i vari emendamenti presentati al Senato, quello con primo firmatario **Marcucci** sembrava avesse trovato il consenso del Governo e pareva avviarsi verso l'approvazione parlamentare.

Tuttavia, nella discussione legislativa, tutti gli emendamenti, comportanti modifiche alla Legge Gelli-Bianco, **sono stati ritirati** ed è stato approvato **un ordine del giorno** che impegna il Governo a occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi.

III. Criticità e prospettive di soluzione tra strumenti vecchi e nuovi: l'esimente di cui all'art. 1218 c.c.

L'avvenuto ripensamento intervenuto sugli emendamenti in sede di discussione al Senato, si profila come un'occasione per meditare *i)* sulla idoneità delle attuali norme

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

in materia di responsabilità civile a rispondere all'emergenza causata dalla pandemia e, quindi, sulla capacità di resistenza delle stesse rispetto alla temuta "ondata" di aggressiva azione giudiziaria nei confronti degli operatori sanitari e delle strutture già censurate ad opera di diversi Ordini professionali (sia di Avvocati che di Medici) *ii*) sulla opportunità o meno di un (nuovo e specifico) intervento legislativo che disciplini la **responsabilità sanitaria dell'emergenza**.

In realtà, i diversi emendamenti proposti dalle varie parti politiche lasciano intravedere, sullo sfondo, un sentimento di valutata insufficienza dell'attuale assetto normativo relativamente ai temuti (futuri) scenari contenziosi connessi alle vicende Covid che si potrebbero abbattere sulle aule giudiziarie.

Vale la pena, in ogni caso, soffermarsi (anche in considerazione di quello che si dirà dopo) sul contenuto di tali proposte e segnatamente su quella a firma del senatore Marcucci che, come detto, sembrava avviarsi alla sua approvazione.

L'indicato emendamento – si ricorderà - ancorava la limitazione di responsabilità - per gli eventi dannosi causati dall'emergenza sanitaria - ai soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria (e/o la Struttura) avesse **agito con dolo o colpa grave**, intendendosi per quest'ultima la *“palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza”*, valutazione sulla colpa da porre in relazione alla *“situazione organizzativa e logistica della struttura, al numero di pazienti, alla gravità delle loro condizioni e alla disponibilità di attrezzature e di personale”*.

Ma come è stato criticamente osservato⁹, ricollegare la limitazione di responsabilità alle ipotesi di colpa grave ascrivibili all'esercente la professione sanitaria, significherebbe far ricadere gli effetti dell'emergenza sanitaria, causata dalla pandemia, sul contenuto della prestazione sanitaria stessa, e cioè sul grado di perizia esigibile dal professionista.

Per vero, l'**elemento soggettivo della “colpa grave”** trova la sua ragion d'essere nelle ipotesi di casi clinici particolarmente complessi, o perché non ancora sperimentati o perché non studiati in modo approfondito; per tale motivo secondo la giurisprudenza e la dottrina¹⁰, la colpa grave ex art. 2236 c.c. è relativa all'imperizia e non alla negligenza e all'imprudenza.

⁹ C.f.r. E. SCODITTI, “Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria” in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2437>, nel corso di questo paragrafo si darà conto, ai fini di discussione giuridica, della riflessione critica svolta dal Consigliere della III Sezione della Suprema Corte di Cassazione, Dr. Enrico Scoditti, e pertanto ricorrerà più volte il suo riferimento in nota.

¹⁰ C.f.r. DONELLI - GABRIELLI, “Responsabilità medica nelle infezioni ospedaliere”, Maggioli editore, 2014, pag. 229; in giurisprudenza vedi *ex multis* Cass. civ. Sez. III, 31/07/2015, n. 16275; Tribunale Roma Sez. XIII Sent., 02/09/2019; Tribunale Genova Sez. II, 15/05/2015; vedi pure Cass. civ. Sez. III Sent., 01/02/2011, n. 2334 secondo cui:

“La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata; tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176, 2° co., c.c., che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obbiettivamente connesse all'esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia. La limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, 2° co., c.c., ricorre soltanto per i casi implicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che trascendono la

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

La Suprema Corte ha, infatti, costantemente chiarito che **la limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà** (perché trascendono la preparazione media o perché non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare) e, **in ogni caso, tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza**, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione (c.f.r. *ex multis* Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 5945 del 10 maggio 2000).

Riprendendo ancora le parole della Suprema Corte, *“La disposizione di cui all'art. 2236 c.c. ... non trova applicazione ai danni ricollegabili a negligenza ed imprudenza, essendo essa circoscritta, nei limiti considerati, ai casi di imperizia ricollegabili alla particolare difficoltà di problemi tecnici che l'attività professionale, in concreto, renda necessario affrontare”*; pertanto, dei danni causati da negligenza ed imprudenza, pur in presenza di problemi tecnici di particolare difficoltà, il professionista ne risponde anche solo per colpa lieve.

Questo implica che, ove in concreto si dimostri la sussistenza di un comportamento negligente o imprudente, non ha più alcuna importanza il fatto che la prestazione professionale si possa definire di speciale difficoltà, **perché la violazione dell'obbligo di diligenza determina di per sé l'inadempimento**.

Un ulteriore conferma del concetto appena speso, ossia che allorquando si discorra di colpa grave il riferimento è alla **perizia** esigibile dal professionista, la si ricaverebbe dagli stessi elementi di specificazione della colpa grave declinati nell'emendamento, tutti inerenti la diligenza professionale e non quella ordinaria¹¹, e cioè la *«palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria, nonché dei protocolli o programmi predisposti per fronteggiare la situazione di emergenza»*.

Tenendo fermo tale assunto, è stato osservato¹² che – a ben vedere – *“l'intervento sanitario imposto dalla pandemia in corso non pone di norma un problema tecnico di speciale difficoltà”*, come tale incidente sul grado di perizia del medico, anche perché – al di fuori dei casi particolarmente critici - si tratta molto verosimilmente *“di interventi che seguono procedure vincolate, le quali possono acquistare anche il carattere della routinarietà per il tipo di patologia da trattare.”*

preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica. Quanto all'onere probatorio, spetta al medico provare che il caso era di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento era di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non è dipeso da suo difetto di diligenza.”; più risalenti vedi Cass. civ. Sez. III 26 marzo 1990 n° 2428; 12 agosto 1995 n° 8845; 8 marzo 1979 n° 1441)

¹¹ Per la distinzione tra "normale concetto di diligenza" e la *“diligentia quam in concreto”* v. Cass., 22.10.2003, n. 15789.

¹² C.f.r. E. SCODITTI, *“Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria”* in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2437>, in questo paragrafo – come detto – si dà conto - a fini di discussione - della opinione critica espressa sul tema dal Consigliere Scoditti;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Non avrebbe, dunque, senso - secondo tale teorica - il richiamo alla colpa grave, la quale presuppone problemi di speciale difficoltà.¹³

In realtà, ciò che rende straordinaria ed eccezionale la portata dell'intervento sanitario è il contesto in cui esso si è svolto (velocità della diffusione ed aggressività della infezione); la enorme difficoltà affrontata discenderebbe allora non (tanto) dal contenuto intrinseco della prestazione sanitaria, ma dal contesto in cui essa viene richiesta.

Si è trattato, in ogni caso, di una prestazione sanitaria svolta in un contesto in cui non vi era e non vi è – riprendendo la iniziale formulazione dell'emendamento Marcucci - «proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire».

Parrebbe allora che, ciò che entra in gioco, sia un **profilo esterno alla perizia medica**, ossia il contesto nel quale la prestazione viene resa, rispetto alla quale valgono, come criterio di giudizio, le comuni regole di diligenza e prudenza.

Dal punto di vista del diritto vigente, **l'eventuale inadempimento**, per quanto concerne la responsabilità contrattuale della struttura, **sarebbe determinato**, sulla base della valutazione del giudice caso per caso, **da una causa esterna non imputabile al debitore**, secondo il regime dell'art. 1218 cc¹⁴.

Tale causa di esonero da responsabilità riguarda non la perizia o diligenza professionale, ma – come detto - **la comune diligenza di cui all'art. 1176, comma 1**, poiché la perizia è il contenuto stesso della prestazione, mentre la circostanza esterna che renderebbe impossibile la prestazione di diligenza professionale (cioè il contesto emergenziale della pandemia che crea sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti) va prevenuta con **l'ordinaria diligenza e prudenza**.

Parrebbe allora che ciò che nel concreto la pandemia può avere travolto è **l'ordinaria diligenza, e non certo la perizia**.

¹³ Sul tema, c.f.r. Cass. Civ. Sez. III. 13/04/2007, n. 8826 secondo cui: *“Questa Corte è peraltro recentemente pervenuta ad affermare che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non può valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario. All'art. 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488). Proprio nel caso in cui l'intervento implica cioè la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, richiede notevole abilità, e la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate, ovvero oggetto di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 10/5/2000, n. 5945; Cass., 19/5/1999, n. 4852; Cass., 16/11/1988, n. 6220; Cass., 18/6/1975, n. 2439. **Non anche in ragione dell'incertezza circa l'esito della tecnica applicata o dell'alta percentuale di risultati insoddisfacenti, atteso che la difficoltà di prova non coincide con l'aleatorietà, ben potendo una prestazione tecnicamente di facile esecuzione presentare una non sicura efficacia terapeutica ovvero un difficile intervento condurre, in caso di esito positivo, a certa guarigione: v. Cass., 21/6/2004, n. 11488).**”*

¹⁴ Art. 1218 c.c. – la responsabilità del debitore – *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta [1176, 1181] è tenuto al risarcimento del danno [1223 ss.], se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

Le medesime valutazioni dovranno soccorrere per il caso della responsabilità extracontrattuale del medico/infermiere dipendente della struttura sanitaria qualora il paziente danneggiato intendesse introdurre una azione in via diretta contro il medico (circostanza questa piuttosto difficile a seguito del maggior peso probatorio che ricade su colui che agisce invocando un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. prodotto dal sanitario – meccanismo del doppio binario introdotto dalla legge Gelli).

Le componenti della colpa corrispondenti alla negligenza ed imprudenza dovranno essere apprezzate in relazione al contesto della pandemia e non in assoluto, come è richiesto da una qualsiasi fattispecie di illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 cc.

Da questa angolazione, si può cogliere come gli emendamenti proposti, tra cui l'emendamento Marcucci, probabilmente, come è stato osservato¹⁵, non centrino **la vera natura dell'inadempimento**, la quale non riposa sull'imperizia del medico o dell'operatore sanitario, ma su **di una causa esterna che a monte ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione sanitaria secondo i canoni della diligenza professionale**.

È stato ancora osservato¹⁶, e si tratta del dato più preoccupante, che intervenendo sul profilo della perizia si indebolirebbero le potenzialità di esimente da responsabilità risarcitoria contenute all'interno del disposto di cui all'art. 1218 c.c.

D'altronde, attribuire alla pandemia rilevanza in sede di criterio per determinare se vi sia stato adempimento della prestazione professionale (mediante il controllo sulla perizia), comporterebbe che la medesima circostanza fattuale (la pandemia) non possa essere invocata poi ai sensi dell'art. 1218 c.c. quale causa esterna non imputabile al debitore, tanto che invocare l'applicazione della scriminante di cui all'art. 2236 c.c. in siffatti ipotesi di rilevarebbe un'arma autolesiva dal lato della parte convenuta in giudizio.

E ciò perché, avendo l'ordinamento attribuito alle ricadute della pandemia sulla prestazione sanitaria conseguenze solo sul piano della diligenza professionale, è da escludere poi che quella vicenda possa spiegare conseguenze sul distinto piano della permanenza della possibilità di adempiere.

I concetti ripercorsi si connettono alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, ma condizionano anche la responsabilità extracontrattuale dell' esercente la professione sanitaria quale lavoratore subordinato della struttura. La perizia, che nel campo della responsabilità contrattuale costituisce l'oggetto dell'obbligazione, è nell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. criterio di responsabilità ai fini dell'attribuzione del danno.

L'emendamento legislativo operando all'interno del piano della responsabilità contrattuale parrebbe collocare l'atto medico connesso al Covid 19 sul versante della perizia, sicché coerente ermeneutica imporrebbe che anche allorquando si valuti la responsabilità aquiliana, il punto di incidenza opererebbe sul lato della perizia, e non su quello della diligenza e della prudenza.

¹⁵ C.f.r. E. SCODITTI, “Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria” in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2437>;

¹⁶ C.f.r. E. SCODITTI, “Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria” in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2437>;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Lo sfavore vi sarebbe quindi anche per il sanitario convenuto in giudizio per responsabilità extracontrattuale, laddove invece la concezione soggettiva della colpa, fatta ormai propria dalla dottrina civilistica nel campo dell'illecito aquiliano (al seguito di quella penalistica), dovrebbe spingere nella direzione dell'adozione di un criterio di diligenza esigibile nelle condizioni date, e dunque ad un'omogeneità di valutazioni con la colpa contrattuale di cui all'art. 1218 c.c.

Parrebbe allora che la sede più appropriata per sottoporre a valutazione giuridica gli atti medici connessi alle vicende del Covid non dovrebbe essere quella della disciplina dell'adempimento (qualificando come inadempimento solo la «*palese e ingiustificata violazione dei principi basilari che disciplinano la professione sanitaria*»), ma quella del regime della responsabilità (art. 1218 c.c.), dovendosi valutare se la sproporzione di risorse disponibili e numero di pazienti sia qualificabile come causa, non imputabile al sanitario, che abbia reso impossibile o meno l'esatta esecuzione della prestazione sanitaria.

Si è ancora osservato che anche il principio al «*livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore*», di cui all'emendamento, troverebbe già ospitalità all'interno dell'attuale assetto normativo senza dover esser costretti a scomodare nuovi interventi legislativi.

Occorre anche aggiungere che l'esimente di cui all'art. 2236 c.c. sarebbe richiamabile e si interpolerebbe con il livello di specializzazione del sanitario e delle strutture tecniche chiamate ad intervenire essendo la nozione (la speciale difficoltà) non assoluta, ma relativa; se dunque questo è il quadro giuridico già esistente l'art. 2236 c.c. troverebbe già piena ed attuale applicazione in chiave difensiva in favore dell'operatore sanitario convenuto in giudizio.

I principi appena ripercorsi appaiono particolarmente utili nella vicenda emergenziale connessa alla pandemia atteso che, è notorio, che in alcuni plessi ospedalieri dei territori del Bergamasco e del Bresciano, proprio per ragioni di estrema urgenza e necessità, sono stati trasferiti nei reparti Covid, medici non specializzati in anestesia e tecniche di terapia intensiva, ai quali, dopo brevissimi corsi di apprendistato, sono stati affidati atti medici da loro fino a quel momento mai praticati.

Il nostro ordinamento parrebbe dunque pronto a poter governare le fattispecie di *malpractice* medica collegate agli effetti della infezione e a dare risposte equilibrate in termini di giustizia rispetto ai futuri contenziosi risarcitori di natura civilistica mediante il meccanismo di cui all'art 1218 c.c. ancorato alla valutazione della sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti.

Tuttavia, volendosi in ogni caso offrire uno scudo protettivo (ulteriore) al medico ed all'operatore sanitario idoneo a precostituire per legge una causa di non imputabilità, è stata suggerita la introduzione di una norma del seguente tenore:

«Costituisce causa non imputabile ai sensi dell'art. 1218 del codice civile la sproporzione tra le risorse disponibili e il numero di pazienti, determinatasi nel corso dell'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

ministri del 31 gennaio 2020, che abbia cagionato l'impossibilità di eseguire esattamente la prestazione sanitaria».¹⁷

L'effetto di tale disposizione sarebbe quello – come detto - di preconstituire *ex lege* il giudizio di non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione.

L'esistenza del requisito soggettivo della causa di esenzione dalla responsabilità risarcitoria sarebbe dunque prevista in via astratta e generale dalla norma.

Resterebbe di competenza del giudice, nella singola controversia, l'accertamento dell'esistenza del requisito oggettivo, e cioè se la circostanza in discorso abbia nel concreto determinato l'impossibilità di rispettare le regole di diligenza professionale.

L'art. 1218 c.c. riguarda l'azione contrattuale proposta nei confronti della Struttura sanitaria; anche la colpa extracontrattuale, nell'azione proposta contro il sanitario dipendente, dovrebbe essere interpretata in modo omogeneo alla colpa contrattuale disciplinata dall'art. 1218 c.c.

L'emendamento legislativo proposto e sostenuto dall'Autore di cui alla nota precedente avrebbe il pregio, qualora non si ritenesse sufficiente, l'ermeneutica della colpa extracontrattuale in termini conformi a quella contrattuale, di disporre una limitazione legislativa della possibilità di agire per danni da pandemia esclusivamente per via contrattuale nei confronti della struttura sanitaria, escludendosi così, come avviene per la disciplina prevista per la responsabilità civile dei magistrati, totalmente l'azione nei confronti dell'operatore sanitari.

In altre parole, dovrebbe essere normata l'esclusione di azioni giudiziarie nei confronti l'esercente la professione sanitaria per atti e omissioni relative all'emergenza epidemiologica Covid-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, consentendosi all'operatore medico la facoltà di poter intervenire nel procedimento civile promosso nei confronti della struttura sanitaria prevedendosi semmai una *denuntiatio litis*, quale condizione di procedibilità della domanda; e ciò al fine di consentire al professionista sanitario di essere edotto della pendenza della lite ed in tal modo poter esercitare il diritto potestativo all'intervento.

Analogamente a quanto previsto nella disciplina di cui all'art. 9 della legge n. 24 del 2017 troverebbe applicazione la meccanica della rivalsa che si dovrebbe in ogni caso pure coniugare con la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 8.

Secondo questo schema allora, il cordone protettivo in favore dell'esercente la professione sanitaria si poggerebbe sull'uso congiunto della causa di non imputabilità di cui all'art. 1218 c.c. e sulla speculare norma processuale che dovrebbe escludere, per quanto detto, l'azione giudiziaria nei confronti del medico/infermiere consentendola unicamente nei confronti della struttura, fatti salvi i casi di rivalsa per dopo o colpa grave.¹⁸

¹⁷ c.f.r. E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/un-ipotesi-di-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-civile-sanitaria-nella-legislazione-covid-19_10-04-2020.php

¹⁸ In questi termini c.f.r. E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/un-ipotesi-di-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-civile-sanitaria-nella-legislazione-covid-19_10-04-2020.php ;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

IV. Ricadute pratiche: le opzioni difensive per difendere al meglio le Strutture sanitarie.

L'osservazione critica, ma anche l'opzione *costruens*, del Dr. Scoditti, ripercorsa nel precedente paragrafo, offre alcuni spunti di riflessione in merito alle strategie e alle tecniche difensive da porre in campo al fine di realizzare la migliore difesa per le Strutture Sanitarie e per gli esercenti la professione medica.

Si ritiene che molto verosimilmente la pandemia e la conseguenziale emergenza sanitaria che questa ha determinato (sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti) inciderà grandemente, ai fini giudiziari, non tanto sullo *standing* della prestazione sanitaria in sé e per sé considerata, quanto piuttosto sul contesto in cui la prestazione medica sia stata resa, rendendola, per le ragioni esposte, impossibile.

Convince, dunque, l'opzione di far ricadere gli effetti della pandemia non tanto sulla perizia esigibile dall'operatore sanitario (cui si fa riferimento quando si parla di colpa grave) ma sulle componenti della diligenza e della prudenza, così costruendo l'inadempimento - con riguardo alla responsabilità della Struttura - in termini di causa esterna non imputabile al debitore, ai sensi dell'art. 1218 c.c.

L'indicato percorso argomentativo potrebbe essere condiviso, anche perché come è stato osservato, se si decide di attribuire alla pandemia rilevanza in sede di criterio per determinare se vi sia stato adempimento della prestazione professionale (mediante il controllo sulla perizia) è da escludere poi che quella medesima circostanza (la pandemia) possa spiegare conseguenze sul distinto piano della permanenza della possibilità di adempiere. Cioè non si potrà più sostenere che la pandemia ha reso impossibile la prestazione a causa della sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti perché già si sarà detto che il Covid ha reso la prestazione di speciale difficoltà, e da qui la limitazione alla sola colpa grave.

Appare, dunque, proficuo **spostare il punto di incidenza della pandemia** dall'elemento soggettivo della colpa grave a quello **dell'impossibilità di adempiere**; e ciò anche perché, sul piano processuale, tale impostazione, **alla luce degli attuali strumenti difensivi**, consentirebbe – a parere di chi scrive - di articolare **una strategia difensiva su più livelli**:

1) in linea principale, si dovrebbe far valere l'esimente di cui all'art. 1218 c.c. e quindi eccependosi l'impossibilità della prestazione determinata dallo squilibrio tra risorse disponibili e numero di pazienti causato dalla pandemia;

2) in linea secondaria, i) ove non venisse accertata la lamentata sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti (e, dunque, in positivo, venisse accertata la possibilità di adempiere la prestazione) **ii)** o, ancora, venisse accertato che l'impossibilità della prestazione fosse evitabile e, dunque imputabile ai sanitari, **iii)** e **contemporaneamente quello specifico caso clinico presentasse particolari difficoltà tecniche**, allora si potrebbe, in tali casi, **far valere l'esimente di cui all'art. 2236 c.c., così limitando la responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave.**

Tale impostazione difensiva **non parrebbe realizzare una contraddizione** logica nell'*argumentum iuris* così come speso perché gli effetti del Covid verrebbero fatti ricadere esclusivamente sul versante oggettivo, cioè sul contesto in cui la prestazione viene resa, rendendola impossibile; e non anche su quello soggettivo della colpa.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Allo stesso tempo non si può escludere però che quella singola prestazione sanitaria, a prescindere dal contesto emergenziale, possa presentare profili tecnici di speciale difficoltà (in ragione del quadro clinico del paziente o del grado di specializzazione del medico) tale da poter invocare l'esimente dell'art. 2236 c.c. e limitare la responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave.

Si ritiene, invero, che non si possa sostenere che tutte le prestazioni sanitarie di cura dei pazienti Covid-19 presentino profili di speciale difficoltà tecnica, tali da limitare la responsabilità delle Strutture e degli esercenti le professioni sanitarie alle sole ipotesi di colpa grave, come ipotizzato dagli emendamenti analizzati.

E ciò, perché se è vero che con l'espressione **speciale difficoltà tecnica** la giurisprudenza si riferisce a quei casi che **richiedono notevole abilità, e la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate, ovvero oggetto di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro** (v. Cass., 28.5.2004, n. 10297; Cass., 10.5.2000, n. 5945; Cass., 19.5.1999, n. 4852; Cass., 16.11.1988, n. 6220; Cass., 18.6.1975, n. 2439) è anche vero che – come insegnato sempre dalla S.C – l'esimente dell'art. 2236 c.c. non opera *“anche in ragione dell'incertezza circa l'esito della tecnica applicata o dell'alta percentuale di risultati insoddisfacenti, atteso che la difficoltà di prova non coincide con l'aleatorietà, ben potendo una prestazione tecnicamente di facile esecuzione presentare una non sicura efficacia terapeutica ovvero un difficile intervento condurre, in caso di esito positivo, a certa guarigione”* (c.f.r. Cass. Civ., 21.6.2004, n. 11488).

E allora, in virtù anche di tale principio, si ritiene che l'assoluta incertezza sulla terapia e sulla cura dei pazienti Covid-19 non comporti necessariamente una speciale difficoltà tecnica della prestazione; cioè l'alta percentuale di risultati insoddisfacenti nella terapia dei casi Covid non inciderebbe necessariamente sulla difficoltà della tecnica.

Ma piuttosto, come detto sopra, si ritiene che la prestazione sanitaria di cura e assistenza dei pazienti Covid-19 potrebbe divenire complessa, in base alle circostanze del singolo caso.

Per esempio, la cura e l'assistenza di determinati pazienti Covid-19 potrebbe risultare di speciale difficoltà perché soggetti immunodepressi, con precedenti comorbilità, o la potrebbe essere (la cura) perché affidata a personale medico non specializzato trasferito di urgenza nel reparto Covid-19 per far fronte all'emergenza sanitaria.

In questi soli casi, saremmo dell'opinione che possa trovare ingresso l'esimente di cui all'art. 2236 c.c.

Alcuni Autori, hanno osservato che, *“mentre nella normalità l'operatore sanitario risponde sostanzialmente solo per colpa grave ove dimostri di aver seguito le linee guida o di aver agito seguendo le buone pratiche mediche, nell'attuale contesto emergenziale, non esistendo reali parametri esperienziali sui quali potersi attestare, l'operatore potrebbe essere chiamato a rispondere per colpa lieve – anche ove abbia agito dando tutto se stesso, molto spesso fuori dal proprio ambito specialistico, rischiando la vita, consumandosi in turni estremi, salvando decine di vite umane –*

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

“solo” per il fatto di non essere, magari riuscito a modulare in termini perfettamente adeguati l’ossigeno di uno dei 100 pazienti in relazione ai quali, in quello stesso momento, doveva garantire la massima e costante attenzione”.¹⁹

Ci parrebbe che la ipotesi sopra descritta, lungi dal concretizzare una fattispecie di speciale difficoltà (regolare l’ossigeno non sembra realizzare una prestazione di speciale difficoltà tecnica) rappresenterebbe al più un’ipotetica condotta inadempiente causata da un elemento esterno (la eccezionalità della vicenda pandemica) che ha determinato quella sproporzione tra risorse umane e strumentali e numero di pazienti (100 pazienti trattati nello stesso momento come ipotizzato) tale da rendere impossibile la prestazione di per sé non difficile (nello specifico quella di regolare l’ossigeno).

In siffatta ipotesi allora, l’esercente la professione sanitaria, lungi dal rispondere per colpa lieve, ben potrebbe uscire esente da responsabilità attraverso l’esimente di cui all’art. 1218 c.c. e sempre che sia fornita la prova dell’impossibilità della prestazione causata, ad esempio, dalla contemporanea presenza di 100 pazienti bisognosi di assistenza a fronte dei quali evidente era il contingentamento di risorse umane funzionale a poter apprestare quel tipo di assistenza.

Occorrerà poi tenere a mente che l’esimente di cui all’art. 2236 c.c., e dunque il concetto di colpa grave, non può essere invocato nelle ipotesi di domande risarcitorie da **responsabilità autonoma**, diretta, della **Struttura Sanitaria** (si pensi ai casi di infezione nosocomiale), ove – per costante giurisprudenza - si ritiene inapplicabile l’istituto di cui all’art. 2236 c.c.

Sul punto la Suprema Corte in relazione ad un caso di infezione nosocomiale ove la Struttura aveva invocato l’applicazione dell’art. 2236 c.c. ha così stabilito:

«la stessa invocazione dell’art. 2236 c.c. per la difficoltà dell’intervento ..., sarebbe stata priva di pregio, non essendo la predisposizione dell’ambiente di esecuzione dell’intervento direttamente afferente all’esecuzione dello stesso, in relazione alla quale poteva affermarsi la sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà» (c.f.r. Cass. Civ. sez. III, sentenza 18.10.2005 n. 20136)

Si evidenzia inoltre come anche nelle ipotesi di **ritardo diagnostico** (tardiva esecuzione del tampone a fronte di sintomi ricollegabili al Covid), in cui parrebbe che a venire in rilievo non sia la perizia tecnica quanto piuttosto la prudenza e la diligenza nella gestione dei casi sospetti, oltre che la capacità organizzativa, il richiamo alla perizia si appaleserebbe inadeguato.

E allora è lecito pensare che una norma che limiti la responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave, potrebbe spazzar via “con un colpo di spugna” tutte le eventuali responsabilità da negligenza o imprudenza legate a tali tipi di eventi.

Riteniamo pertanto che un eventuale intervento legislativo limitativo delle responsabilità, debba trovare comunque un giusto temperamento tra l’esigenza di tutela degli operatori sanitari e delle Strutture da un lato, e il diritto alla tutela della salute dei pazienti, il quale ultimo non è giusto che arretri nei casi di palesi negligenze o imprudenze.

¹⁹ M. HAZAN – L. ISOLABELLA “Coronavirus. La responsabilità nell’emergenza: non scudi ma regole” in www.quotidianosanità.it ;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Inoltre, così operando si manderebbero esenti da responsabilità, per esempio, anche Strutture sanitarie che fortunatamente non sono state travolte dall'emergenza e che però ugualmente siano incorse in condotte gravemente negligenti o imprudenti, perché non giustificate da quella sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti che invece si è manifestata in altre Aziende sanitarie.

La **valutazione giudiziale delle condotte** e delle esimenti in sede di istruttoria, resta dunque la via per un ugualitario temperamento di tutela. Ovviamente, l'accertamento giudiziale sconta **un'alea indefinibile di rischio**, collegata senz'altro alla capacità difensiva delle Strutture e degli operatori sanitari nel **fornire la prova** di aver rispettato le linee guida e i protocolli emanati dal Ministero della Salute, dall'Istituto Superiore della Sanità, e dalle Regioni di appartenenza – di cui se ne darà conto nel prosieguo - e che l'evento dannoso sia dipeso da una causa esterna, non imputabile al debitore; in alternativa fornire la prova che quel determinato caso clinico fosse di speciale difficoltà tecnica tale da limitare la responsabilità alla sola colpa grave ai sensi dell'art. 2236 c.c. il quale continuerebbe a spiegare la sua forza calmieratrice in presenza di quei soli casi che presentino speciale difficoltà tecnica.

Ma prima di dare una risposta al quesito che si pone quale *leitmotiv* di questo lavoro, occorre volgere lo sguardo, in un'ottica prospettica, ai possibili scenari di rischio giudiziario che si potranno aprire, (i.e. possibili azioni a carattere risarcitorio) cui saranno chiamate a rispondere, (e servendosi degli attuali strumenti difensivi), le Strutture e gli operatori sanitari.

Parrebbe ipotizzabile che, al cospetto di una malattia (quale quella da Coronavirus) di cui la comunità scientifica internazionale non conosce alcuna coordinata clinica oltre che terapeutica, parte attorea avrebbe “poco spazio” per poter costruire una domanda giudiziaria di responsabilità fondata sull'errore della scelta terapeutica o della tecnica di intervento, in assenza di indicazioni certe nella cura di tale infezione virale ed in mancanza di certificate linee guida o buone prassi.

Tale *vulnus* informativo/scientifico avrebbe, di certo, pregnanti ricadute sul piano dell'onere di allegazione dell'inadempimento qualificato e della condotta sanitaria ritenuta non corretta, incombente, come è noto, sul paziente/danneggiato.

Appare, di contro, più facilmente ipotizzabile che all'indomani dell'epidemia, i futuri giudizi da *malpractice* medica connessi all'emergenza sanitaria pandemica ruotino intorno:

a) alla responsabilità della Struttura ex artt. 1218 e 1228 c.c. per ritardo diagnostico e terapeutico della infezione da Covid-19;

b) alla responsabilità della Struttura ex art. 1218 c.c. per contagio intra-ospedaliero.

Ancora si ritiene – ovviamente con tutte le variabili del caso - che di certo le domande giudiziarie risarcitorie basate su di una **responsabilità diretta dell'esercente la professione** sanitaria saranno limitate a quelle sole ipotesi in cui si palesino macroscopiche responsabilità ed evidenti e gravissime negligenze dei singoli medici o operatori sanitari.

E ciò, sia perché (rilievo assorbente) la natura extracontrattuale ex art. 2043 c.c. della responsabilità risarcitoria degli esercenti la professione sanitaria (art. 7 della Legge Gelli-Bianco) obbliga, come noto, l'attore danneggiato ad un “carico”

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

probatorio molto più gravoso dovendo il paziente dimostrare il rapporto di causalità tra fatto e danno, oltre a fornire la prova del dolo o della colpa in capo al danneggiato²⁰; e sia perché (profilo psicologico) lo straordinario sforzo, fisico, psicologico, umano e professionale messo in campo da tutti gli esercenti la professione sanitaria, ha generato un atteggiamento di riconoscenza nei confronti di chi in prima linea ha messo in gioco la propria vita per intervenire in aiuto dei malati. Si ritiene che per tali ragioni le domande risarcitorie saranno essenzialmente dirottate nei confronti delle Strutture Sanitarie che ne risponderanno ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.

Ritornando agli scenari giudiziari che con più probabilità vedremo aprirsi nel prossimo futuro, e tenendo a mente la ipotesi *sub* lett. a), chi ora scrive è del parere che la più congrua oltre che fruttuosa linea difensiva sia quella che – come ripercorso in apice – opponga alla domanda attorea, ed ai sensi dell'art. 1218 c.c., **l'impossibilità per la Struttura**, e per essa degli operatori sanitari, **ad adempiere tempestivamente** la prestazione sanitaria a **causa della sproporzione** tra risorse disponibili ed il rapidissimo ed elevato numero dei pazienti affluiti nelle corsie ospedaliere, **causata dalla pandemia**; facendosi allora valere la non imputabilità all'Ente del ritardo diagnostico nello accertamento della patologia (ad esempio ritardo nell'esecuzione del tampone) o terapeutico (ad esempio ritardo nel ricovero ospedaliero o ritardo nel trasferimento in terapia intensiva o sub-intensiva).

E ciò, (anche) perché l'Ente in assenza della concreta applicazione da parte delle Regioni del piano antipandemia era stato impossibilitato a munirsi delle necessarie attrezzature e mezzi tecnici²¹. In altre parole, qualora si dovesse ritenere la sussistenza di una negligente o imprudente strategia preventiva in capo al Ministero o alla Regione, si potrà sostenere, in un'ottica difensiva a favore della Struttura Sanitaria convenuta in giudizio, quantomeno una corresponsabilità omissiva imputabile all'Ente regionale che non abbia preventivamente posto in essere scelte organizzative e programmatiche in funzione di una tutela sanitaria da emergenza pandemica.

Ovviamente, la **Struttura Sanitaria** per andare esente da responsabilità **dovrà fornire la prova della circostanza estintiva** fatta valere, dando dimostrazione che la sproporzione tra le risorse disponibili ed il numero di pazienti causato dalla infezione Covid 19 abbia, nel caso concreto, determinato l'impossibilità da parte della Struttura di rispettare le regole della diligenza professionale, tanto da consentire di poter opporre che l'inadempimento fosse qualificabile come causa non imputabile al sanitario.

Sul punto, e con specifico riguardo alla **prova della fattispecie estintiva dell'obbligazione** (impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore ex artt. 1256 e 1218 c.c.) vale la pena di richiamare

²⁰ L'azione ex art. 2043 c.c. scarica poi in capo al danneggiato creditore il rischio della causa incognita il quale se non riuscirà a provare il rapporto di causalità e la diligenza trasgredita dal medico non potrà ottenere il risarcimento del danno.

²¹ E' necessario sul punto dare conto che secondo l'indagine svolta da M. Gabanelli e riportata nell'articolo del corriere della sera in nota sopra "le Regioni avevano sul tavolo il piano contro le pandemie (dal 2007 in Veneto ed Emilia Romagna e ben due a partire dal 2006 in Lombardia); una disposizione chiave dice "fate scorta di dispositivi di protezione, mascherine, guanti, tute" L'articolo prosegue "al contrario della Germania, le nostre aziende sanitarie non lo hanno mai attuato e quando è arrivata la tempesta i dispositivi mancavano. Va sottolineato che per i medici, le mascherine dovevano essere le FFP2 e P3, lo richiedeva l'Inail."

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

l'orientamento espresso dalla **Suprema Corte** (Pres. Travaglino, Rel. Scoditti) in una **recente sentenza** che così chiarisce:

“In base al c.d. principio di semplificazione analitica della fattispecie le cause di estinzione dell'obbligazione sono tema di prova della parte debitrice, e fra queste l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 1256 c.c.), con effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento (art. 1218 c.c.).

Il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (casus = non-culpa). La diligenza non attiene qui all'adempimento, ma alla conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile, e, riguardando non solo la perizia ma anche la comune diligenza, prescinde dalla diligenza professionale in quanto tale. La non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione va quindi valutata alla stregua della diligenza ordinaria ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 1, mentre la diligenza professionale di cui al comma 2, quale misura del contenuto dell'obbligazione, rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento (diligenza determinativa del contenuto della prestazione)

C'è inadempimento se non è stata rispettata la diligenza di cui all'art. 1176, comma 2, c'è imputabilità della causa di impossibilità della prestazione se non è stata rispettata la diligenza di cui al comma 1. Nel primo caso la diligenza mira a procurare un risultato utile, nel secondo caso mira a prevenire il danno (la distinzione è tuttavia relativa perché l'una può determinare il contenuto dell'altra).

La causa di non imputabilità dell'impossibilità di adempiere è, come si è detto, in quanto ragione di esonero da responsabilità, tema di prova del debitore/danneggiante. Il debitore che alleggi la fattispecie estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile deve provare sul piano oggettivo il dato naturalistico della causa che ha reso impossibile la prestazione e sul piano soggettivo l'assenza di colpa (da valutare alla stregua dell'art. 1176, 1° comma) quanto alla prevenzione della detta causa.” (c.f.r. Cass. Civ. Sez. III, 26/07/2017, n. 18392)

Questa pronuncia, ha il pregio di aver aperto alla teoria del “**doppio ciclo causale**”, confermata e cristallizzata poi nelle note sentenze nn. 28991 e 28992 dell'11.11.2019 (ma in realtà il tema del nesso di causa ricorre anche nelle sentenze che si sono occupate del danno da perdita di *chance* e del consenso informato) facenti parte delle c.d. sentenze di “*San Martino II*”, laddove per la prima volta stabiliva che:

“Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto).

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto.

Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo.”

Calando i principi di diritto appena ripercorsi nella fattispecie ipotizzata *sub lett. a)*, ne deriva che il **paziente danneggiato o i suoi eredi che lamentino un ritardo nella diagnosi** di Coronavirus o un ritardo nella cura dello stesso, **dovranno preliminarmente esser tenuti a dare la prova della sussistenza del nesso di causa tra la condotta addebitata ai sanitari e l'evento dannoso** (fatto costitutivo del diritto); all'esito di ciò la Struttura sanitaria dovrà adempiere al proprio onere probatorio, dimostrando che il ritardo nella diagnosi da coronavirus o nella cura dello stesso, sia stato causato, nel caso di specie, da una sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti che - in maniera inevitabile - ha sormontato quella **“conservazione della possibilità di adempiere”** (da valutare in base ad un criterio di diligenza ordinaria) tanto da rendere la prestazione impossibile (fatto estintivo del diritto).

Fermo ciò appare piuttosto probabile come non poche difficoltà potranno sorgere per il paziente/danneggiato nel fornire la prova della causalità materiale (*“causalità che attiene al collegamento naturalistico fra fatto accertato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali”*²²) tra la condotta suscettibile di qualificazione in termini di inadempimento e l'evento di danno (lesione dell'interesse primario del diritto alla salute) **ma anche e soprattutto, nel fornire la prova, sul diverso piano della c.d. causalità giuridica, delle conseguenze pregiudizievoli** (e quindi del danno) che siano derivate da quella condotta ritenuta inadempiente.

E ciò, in considerazione delle pochissime cognizioni scientifiche a disposizione, in termini di cura, di aspettative di vita, di mortalità, che rendono difficile – in sede medico legale – l'individuazione di un nesso di causa tra quella condotta e l'evento di danno (causalità materiale) ma soprattutto tra quest'ultimo e il danno conseguenza

²² Tale passo è stato estratto dalla sentenza n. 28991/2019 resa dalla S.C. nell'ambito del c.d. decalogo di “San Martino II” e che, come detto, ha confermato il principio del doppio ciclo causale introdotto per la prima volta con la sentenza della S.C., relatore il Dr. Scoditti, n. 18392/2017 di cui si è dato conto nel presente lavoro.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

(causalità giuridica; accertamento da condurre alla stregua del principio del “più probabile che non”).

Inoltre si ritiene che **nella valutazione della condotta** dei sanitari e, dunque, nella valutazione della fattispecie estintiva (impossibilità della prestazione) ma anche nella valutazione dell'adempimento della prestazione stessa, **bisognerà tener conto delle numerose indicazioni** fornite in questi mesi concitati dall'Istituto Superiore della Sanità, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, dal Ministero della Salute, dalle Regioni ma anche *dall'European Centre for Disease Prevention and Control* i) relativamente all'individuazione dei casi sospetti di coronavirus (modalità di individuazione variate di settimana in settimana o anche di pochi giorni l'uno dall'altro in base all'andamento dell'indice epidemiologico), ii) relativamente alla disciplina dell'esecuzione dei tamponi iii) relativamente alla gestione del rischio.²³

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si ritiene che, in un caso come quello prospettato *sub lett. a)*, le attuali norme che disciplinano “il sistema” della responsabilità medica possano offrire di per sé sole, ed in assenza di una (nuova) disposizione *ad hoc*, risposte se non adeguate almeno sufficienti rispetto all'esigenza di tutela delle Strutture Sanitarie e dei suoi operatori e ciò, come detto, per il tramite, del ricorso all'esimente di cui art. 1218 c.c. ancorato però al rigoroso accertamento del duplice ciclo causale secondo le direttrici segnate dalla S.C..

Insomma, le Strutture Sanitarie convenute saranno tenute a comprovare che la eventuale sfasatura delle tempistiche seguite dagli operatori nella diagnosi e nella terapia dei pazienti Covid – 19, pur nel rispetto delle indicazioni imposte, siano conseguenza di quella macroscopica sproporzione tra risorse disponibili e numero di casi Covid, che ha reso impossibile la prestazione.

²³ Per esempio, in riferimento ai **criteri di individuazione dei casi sospetti** si evidenzia come questi siano mutati di giorno in giorno in base all'andamento dell'epidemia, e infatti, se con la **circolare del Ministero della Salute n. 1997 del 22.01.2020** si ricomprendevano tra i casi sospetti, oltre a quelli con diretti collegamenti con la Cina, anche quelli relativi a soggetti che manifestassero “*un decorso clinico insolito o inaspettato, soprattutto un deterioramento improvviso nonostante un trattamento adeguato, senza tener conto del luogo di residenza o storia di viaggio, anche se è stata identificata un'altra eziologia che spiega pienamente la situazione clinica*”; con la **successiva Circolare n. 2302 del 27 gennaio 2020**, e dunque in data antecedente ai fatti dell'ospedale di Codogno, il ministero della Salute **nel fornire nuove modalità di identificazione dei “casi sospetti”**, riteneva requisito essenziale l'aver avuto contatti, diretti o indiretti, con le aree a rischio della Cina, dovendosi ritenere superate le ulteriori indicazioni di cui alla precedente circolare n. 1997. Quanto sopra appare confermato dall'uso della congiunzione “e” in carattere maiuscolo, a conferma che, contrariamente a quanto in precedenza indicato, per considerare un caso come sospetto fosse necessaria la presenza contemporanea dei seguenti criteri: (i) una persona con infezione respiratoria acuta grave – SARI; “e” (ii) assenza di altra eziologia che spieghi la presentazione clinica; “e” (iii) storia di viaggi o residenza in aree a rischio della Cina e/o operatore sanitario che abbia avuto contatti con pazienti infettati. Pertanto, si ritiene che non potrà ritenersi imputabile ai medici la responsabilità per eventuali omissioni nel resoconto storico fornito dal paziente che, su specifica richiesta, abbia ommesso di riferire di contatti diretti e/o indiretti con la Cina. Alla luce delle circolari all'epoca vigenti, non vi era infatti alcuna indicazione che suggerisse di reputare sospetti casi privi di legami diretti con le aree a rischio della Cina. Eventuali responsabilità andranno esaminate nel concreto, tenendo conto della situazione di incertezza e continua evoluzione che ha portato a fornire agli operatori sanitari indicazioni diversi e talvolta contraddittorie. Nel prosieguo, in nota n. 37, si darà conto di ulteriori circolari del Ministero della Salute e di come queste vengano poi recepite dalle Regioni e da queste a sua volta dalle Strutture Sanitarie.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Con riguardo, invece, al secondo scenario riassunto *sub* lett. b), ossia quello relativo alle domande di risarcimento per contagio intro-ospedaliero, ove ad essere censurata è l'attività di *clinical risk management*²⁴ condotta dalla Struttura Sanitaria, non potrà non segnalarsi come in tali casi, lo sforzo difensivo e l'onere probatorio richiesto alle Aziende Sanitarie si appalesi di certo maggiore, più complesso e con un risultato finale probabilisticamente meno favorevole per le sorti dei convenuti.

Sotto tale profilo, appare utile evidenziare che la questione delle infezioni nosocomiali – tecnicamente dette I.C.A.²⁵, cioè infezioni correlate all'assistenza (sanitaria) – costituiscono già da prima della pandemia, un sottosistema all'interno

²⁴ Negli ultimi anni, la progressiva diffusione del governo clinico ha reso necessaria una collaborazione attiva tra società scientifiche ed organismi di politica sanitaria nazionali e regionali, in modo da integrare la *mission* con la *clinical governance* del sistema sanitario ed in particolare con le strategie di gestione del rischio.

Viene infatti sempre più riconosciuto alle società scientifiche il ruolo di attori protagonisti per migliorare la qualità dell'assistenza attraverso l'eccellenza professionale, le attività di ricerca finalizzata e lo sviluppo dell'innovazione tecnologica per il miglioramento della sicurezza delle cure. La produzione di linee guida in accordo con *standards* metodologici nazionali ed internazionali, nonché lo studio di appropriate strategie di adattamento e implementazione locale delle linee guida al fine di diffonderne i contenuti a tutte le categorie professionali interessate, agli organismi di politica sanitaria ed alle associazioni di utenti, costituiscono attività prioritarie per le Società Scientifiche.

La **Legge Gelli Bianco 24/2017** ha ulteriormente sottolineato tali aspetti: si cita testualmente: *“La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche ed organizzative. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e socio-sanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale. Nell'articolo 5 inoltre si fa riferimento a” ...linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubbliche e private nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della Salute.”*

Al dettato legislativo stanno seguendo i relativi decreti attuativi, di cui uno del 2.8.2017 fornisce applicazione di quanto stabilito nella disposizione in commento individuando nelle associazioni scientifiche i protagonisti principali della produzione di linee guida e documenti tecnici, definendo i parametri quali-quantitativi che le società devono possedere per garantire la qualità della documentazione prodotta ed istituendo apposito elenco presso il Ministero della Salute.

L'attuale quadro normativo nazionale relativo alla gestione del rischio nelle strutture sanitarie, ha inoltre posto ulteriormente l'accento sull'importanza della prevenzione del rischio infettivo attraverso il controllo dei processi di sanificazione ambientale e l'introduzione di sistemi e metodiche innovative di comprovata efficacia ed efficienza in termini di costo-beneficio.

Si possono sviluppare, pertanto, **strategie idonee a promuovere la prevenzione e gestione del rischio infettivo in ambiente sanitario ed in particolare ospedaliero, con l'obiettivo di ridurre l'incidenza di infezioni nosocomiali correlate all'assistenza e contenere l'uso di antibiotico terapia, nella prospettiva di incidere anche sul rischio di sviluppo di antibiotico-resistenza.**

Per le Direzioni Sanitarie e di strutture socio-assistenziali vi è necessità emergente di dare evidenza dell'utilizzo di sistemi, tecniche e metodiche di sanificazione ambientale riconosciuti per efficacia, sicurezza, impatto ambientale e contenimento dei costi. **(c.f.r. Linee Guida sulla valutazione processo di sanificazione ambientale nelle strutture ospedaliere per il controllo delle Infezioni correlate all'assistenza – elaborate dal CIAS presso l'Università di Ferrara).**

²⁵ Le infezioni correlate all'assistenza (ICA) si definiscono come infezioni che insorgono nel corso di un ricovero ospedaliero o in un luogo di cura e assistenza, non presenti né clinicamente, né in incubazione, al momento del ricovero stesso oppure si manifestano dopo la dimissione, pur essendo causalmente riferibili per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione al ricovero stesso. Tale **nozione è riportata dall'OMS in Prevention of hospital-acquired infections – A practical guide, 2nd ed. (2002);**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

della responsabilità medica che come affermato²⁶ si «*candidano a vero 'buco nero' dell'odierna sanità*» caratterizzata da gravosi oneri di accertamento della causa concreta delle stesse.²⁷

Le **infezioni ospedaliere** – nell'acronimo inglese H.C.A.I.: Health Care Acquired Infections – sono, per **definizione**, quelle infezioni che non erano presenti (quindi non erano manifeste clinicamente, né erano in incubazione) all'ingresso del paziente nell'ambiente di ricovero o di assistenza, ed insorgono **durante il ricovero e la degenza o, più raramente, dopo le dimissioni del paziente.**²⁸

Secondo i C.D.C. di Atlanta (Centers for Disease Control and Prevention), sono da considerare infezioni correlate all'assistenza quelle i cui **sintomi e segni sono insorti a partire dal terzo giorno di ricovero** in poi (dovendosi reputare “esterne” quelle presenti fin dall'ingresso in ospedale, cioè a dire insorte da due giorni prima del ricovero e fino ai primi due giorni di ricovero).²⁹

Convorrà ricordare che la Struttura Sanitaria, in virtù del **contratto atipico di ospedalità**, è tenuta a fornire al paziente una **prestazione complessa**, che comprende sia l'effettuazione di cure mediche e trattamenti chirurgici, ma anche altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, di locali salubri ed idonei, anche in vista di eventuali complicanze nonché di quelle *lato sensu* alberghiere, determinando così l'insorgenza in capo alla struttura stessa di una serie di obblighi definiti "di protezione" nei confronti del terzo (paziente).

Ne deriva che la responsabilità propria dell'Ente concorre ma si distingue da quella del medico, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni a carattere preminentemente organizzativo insorgenti dal contratto di

²⁶ Cfr. R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria, in Danno e responsabilità*, fasc. 3/2017, p. 264.

²⁷ Nella giurisprudenza civile il tema delle infezioni ospedaliere è stato esaminato (ma sul punto vedi infra) soprattutto con riferimento alla *probatio diabolica* dell'accertamento del nesso causale: invero, nel caso in cui un ricovero è complicato da una infezione ospedaliere, risulta estremamente difficile, se non quasi impossibile, accertare in sede processuale i singoli comportamenti (omissivi di cautele o attivi) cui ricollegare eziologicamente l'insorgenza. Di contro, un ampio filone dottrinale, sollecita da tempo l'introduzione -nel nostro ordinamento giuridico- relativamente al tema delle infezioni nosocomiali, di un sistema *no-fault* (indennitario, a carico di un fondo alimentato dalla fiscalità generale, anche in assenza di accertamento di colpa) sulla scorta della legge francese n. 303 del 4 marzo 2002 (c.d. *Loi Kouchner*). Sul medesimo argomento, si veda -*inter alios*- A. Davola in *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria in Danno e Responsabilità n. 3/2017* pag. 367 e 368; G. Scarchillo in *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 5 2017*.

²⁸ Sotto il profilo epidemiologico, i dati disponibili nel 2017 dall' *European Centre for Disease Prevention and Control, Economic evaluations of interventions to prevent healthcare-associated infections* (ECDC) dimostrano che, in Europa, le infezioni contratte nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, sono direttamente responsabili di circa 37.000 decessi, nonché in circa 110.000 decessi le infezioni ne rappresentano una concausa.

²⁹ Le infezioni correlate all'assistenza (ICA) si definiscono come infezioni che insorgono nel corso di un ricovero ospedaliero o in un luogo di cura e assistenza, non presenti né clinicamente, né in incubazione, al momento del ricovero stesso oppure si manifestano dopo la dimissione, pur essendo causalmente riferibili per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione al ricovero stesso. Tale nozione è riportata dall'OMS in *Prevention of hospital-acquired infections – A practical guide, 2nd ed.* (2002).

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

spedalità, direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario.³⁰

Si osserva che generalmente nelle ipotesi di responsabilità derivante da infezioni ospedaliere - a parte i casi in cui venga censurato che la contrazione della infezione sia stata causata o concausata da una condotta inadempiente dell'operatore sanitario che non ha prescritto, per esempio, una indicata profilassi antibiotica o non si sia attenuto ai protocolli di igiene e sterilizzazione nell'effettuare una medicazione - ad essere invocata è la **responsabilità autonoma, diretta, della Struttura Sanitaria ai sensi dell'art. 1218 c.c.**

Vertendo, dunque, nel campo della responsabilità contrattuale **“graverà sul soggetto danneggiato, oltre alla prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della patologia ovvero dell'insorgenza di nuove patologie, anche la prova del nesso causale tra il pregiudizio lamentato e l'infezione, secondo un criterio di "probabilità logica", mentre graverà sulla struttura sanitaria – una volta accertata la sussistenza di tale nesso causale – l'onere di dimostrare di avere diligentemente operato, sia sotto il profilo dell'adozione, ai fini della salvaguardia delle condizioni igieniche dei locali e della profilassi della strumentazione chirurgica eventualmente adoperata, di tutte le cautele prescritte dalle vigenti normative e dalle leges artis, onde scongiurare l'insorgenza di patologie infettive a carattere batterico, sia sotto il profilo del trattamento terapeutico prescritto e somministrato al paziente dal personale medico, successivamente alla contrazione dell'infezione. Il mancato raggiungimento della prova in ordine agli enunciati profili da parte della struttura sanitaria, ne comporta la responsabilità diretta nella causazione dell'infezione, per non aver messo a disposizione del paziente le**

³⁰ “L'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria - ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (v. Cass., 19.10.2006, n. 22390; Cass., 24.5.2006, n. 12362; Cass., 19.4.2006, n. 9085; Cass., 26.1.2006, n. 1698; Cass., 28.5.2004, n. 10297; Cass., 21.7.2003, n. 11316; Cass., 14.7.2003, n. 11001; Cass., 11.3.2002, n. 3492; Cass., 10.9.1999, n. 9198; Cass., 22.1.1999, n. 589; Cass., 2.12.1998, n. 12233; Cass., 27.7.1998, n. 7336; Cass., 11.4.1995, n. 4152; Cass., 27.5.1993, n. 5939; Cass., 4.8.1988, n. 6707; Cass., 1.3.1988, n. 2144; Cass., 8.3.1979, n. 1716; Cass., 21.12.1978, n. 6141) di prestazione d'opera atipico di spedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generalì e specialistiche) già prescritte dalla L. n. 132 del 1968, art. 2, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere (v. Cass., 26.1.2006, n. 1698; Cass., 14.7.2004, n. 13066; Cass., Sez. Un., 1.7.2002, n. 9556; Cass., 22.1.1999, n. 589; Cass., 21.12.1978, n. 6141).” (c.f.r. Cass. Civ. 8826/2007 in www.dejure.it). Da tempo si riconosce che sulle strutture sanitarie incombe, a prescindere dalla responsabilità indiretta per *malpractice* del personale medico che opera al loro interno, una autonoma e diretta responsabilità derivante dall'inadempimento di obblighi organizzativi che impongono ad ogni struttura di prestare un adeguato livello organizzativo, in rapporto alla tipologia ed alle dimensioni dell'ente, al proprio bacino di utenza, alle caratteristiche dei servizi prestati rispetto agli ospedali affini, senza però dimenticare il fattore costituito dalla limitatezza delle risorse finanziarie delle quali è dato disporre. Si parla in questi casi di una responsabilità da “difetto di organizzazione”, introducendosi un più rigido parametro di valutazione della colpa quasi di natura oggettiva (cfr. Cass. Civ., 11 novembre 2019, n. 28897) come tale incompatibile con il criterio di cui all'art. 2236 c.c. Ma con riguardo al rischio pandemico, e come detto in apice, non pare proprio considerate le risorse a disposizione che le strutture possano essere imputate per un deficit organizzativo e fatte salve le deficienze organizzative non giustificabili che dovrebbero essere analizzate caso per caso e sulla base di un impalcato probatorio idoneo.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

attrezzature idonee ad evitare l'insorgenza della complicità infettiva” (c.f.r. *ex multis* Tribunale Agrigento 02.3.2016, n.370 in www.dejure.it)

Sulla Struttura graverà, dunque, l'onere di provare che la prestazione è stata correttamente adempiuta (avendo in particolare adottato **tutte le precauzioni** idonee ad evitare l'insorgenza di infezioni) e che la patologia infettiva rappresenta una conseguenza inevitabile (nel senso che quand'anche prevedibile non era in alcun modo prevenibile³¹) e, dunque, alla stessa non imputabile.³²

Come è stato osservato in dottrina *“i risvolti e le implicazioni nella pratica clinica e chirurgica quotidiana di quanto sopra enunciato (cioè dell'onere probatorio a fini liberatori gravante sulla Struttura) specie in ambito di infezioni nosocomiali, sono rilevantissimi e devono impegnare i professionisti sanitari e il management in uno sforzo straordinario per soddisfare un onere probatorio tanto doveroso quanto improbo nella sua applicazione pratica, tante e tali sono le fonti e le sorgenti dell'infezione, le modalità di veicolarla e trasmetterla ai pazienti”*³³

Peraltro, si segnala che la giurisprudenza formatasi sul tema ha posto altresì l'accento sulla necessità della prova, ai fini liberatori della Struttura, **non solo dell'adozione di protocolli** di igiene e profilassi bensì della *«effettiva bontà delle sterilizzazioni delle attrezzature...poiché «la comprovata prassi di disinfestazione e sterilizzazione non dimostra di per sé l'efficace conseguimento del risultato»*. (c.f.r. Tribunale di Bari, sentenza 10.3.2009 n. 827 in www.dejure.it)

Appare evidente come per le Strutture Sanitarie sia **estremamente complesso**, se non quasi impossibile, **accertare** in sede processuale i **singoli comportamenti** (omissivi di cautele o attivi) cui **ricollegare eziologicamente l'insorgenza** dell'infezione ospedaliera.

³¹ Converterà tenere a mente, sullo sfondo, il principio di diritto della Suprema Corte, secondo cui: *“Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una “complicità”, rilevante nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile.”* (cfr. Cass. civ. Sez. III, 30-06-2015, n. 13328)

³² La Struttura Sanitaria avrebbe l'onere di documentare di aver posto in essere e rispettato le più idonee ed efficaci misure, attinenti specificamente (a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo): *i)* all'attuazione (e non alla mera adozione) di protocolli relativi a disinfezione, disinfestazione, sterilizzazione di ambienti e materiali; *ii)* alle modalità di lavaggio delle mani da parte del personale; *iii)* all'uso dei dispositivi di protezione individuale; *iv)* alle modalità di raccolta, lavaggio e disinfezione della biancheria; *v)* al sistema di smaltimento dei rifiuti solidi; *vi)* alla qualità dell'aria e degli impianti di condizionamento; *vii)* alla modalità di preparazione, conservazione ed uso dei disinfettanti; *viii)* all'organizzazione del servizio mensa e degli strumenti di distribuzione di cibi e bevande; *ix)* allo smaltimento dei liquami e alla pulizia di padelle e simili; *x)* all'istituzione di un sistema di sorveglianza e notifica; *xi)* all'istituzione del Comitato Infezioni Ospedaliere ed alla relativa attività; *xii)* ai criteri costruttivi strutturali atti a evitare le infezioni; *xiii)* al controllo e alla limitazione dell'accesso dei visitatori; *xiv)* al controllo dello stato di salute dei dipendenti e degli operatori (basti pensare che costituisce fattore favorente le infezioni anche il fatto che infermieri e medici possano operare in precarie condizioni di salute, eventualmente al fine di evitare decurtazioni stipendiali); *xv)* all'adeguatezza del rapporto tra degenti e personale sanitario; *xvi)* alla pianificazione ed attuazione di continui controlli sulle attività di cui sopra.

³³ C.f.r. DONELLI - GABRIELLI, *“Responsabilità medica nelle infezioni ospedaliere”*, Maggioli Editore, 2014, pag. 229;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Va inoltre rilevato come, con riferimento alla **responsabilità autonoma delle Strutture sanitarie** (cioè non dipendente da errori professionali dei propri medici) **non trovi applicazione la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.**³⁴ Proprio con riguardo alle ipotesi di infezioni nosocomiali, è **stata esclusa l'applicabilità dell'art. 2236**³⁵ c.c. alle Strutture sanitarie; nello specifico la **Suprema Corte**, ha stabilito che:

«la stessa invocazione dell'art. 2236 c.c. per la difficoltà dell'intervento ..., sarebbe stata priva di pregio, non essendo la predisposizione dell'ambiente di esecuzione dell'intervento direttamente afferente all'esecuzione dello stesso, in relazione alla quale poteva affermarsi la sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà» (c.f.r. Cass. Civ. sez. III, sentenza 18.10.2005 n. 20136)

Si evidenzia però – come è stato anche osservato in dottrina – che l'azione risarcitoria esperita nei confronti della struttura sanitaria per l'operato dei sanitari, di cui è chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c. deve comunque fare i conti con l'art. 2236 c.c.³⁶

Sotto questo punto di vista, appare allora – a chi scrive – che l'emendamento Marcucci, avesse obliterato tale principio di diritto avendo ancorato la limitazione di responsabilità, anche delle Strutture Sanitarie, alle sole ipotesi di colpa grave, con ciò richiamando inevitabilmente, per quanto detto sopra, l'art. 2236 c.c. che però – come visto – è inapplicabile alle ipotesi di responsabilità autonoma della Struttura.

Allora, anche sotto tale profilo, l'emendamento proposto, ove approvato, avrebbe potuto produrre effetti non favorevoli per gli Enti Sanitari.

Le difficoltà difensive cui vanno incontro le Strutture sanitarie nei giudizi da infezione nosocomiale di cui si è appena dato conto³⁷, si appalesano ancor più marcate con riguardo alla gestione e alla prevenzione dell'infezione da Coronavirus; e ciò, in

³⁴ G. IADECOLA – M. BONA, *“Le responsabilità dei medici e delle Strutture Sanitarie”*, Giuffrè Editore, pag. 349;

³⁵ È stato anche osservato in dottrina che dalla marcata differenziazione operata dalla L. Gelli-Bianco tra la responsabilità della struttura e quella dei singoli operatori interni, dovrebbe derivare su un piano interpretativo che:

“la responsabilità della struttura, lungi dal derivare da attività intellettuale (o da “somma” di singole attività intellettuali) ex artt. 2229 ss. c.c., si configura come attività (NON da professione intellettuale, ma) d'impresa. Emerge così, la non assimilabilità della correlativa responsabilità a quella del singolo professionista, nonché, per altro verso, l'impossibilità di assegnare rilievo qualificatorio alcuno (come talora è stato, invece, ritenuto in giurisprudenza) alla prevalenza o meno della prestazione medico-professionale rispetto a quella organizzativa, anche ai fini di inferirne l'applicabilità all'ente della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.” (c.f.r. U. RUFFOLO, *“La nuova responsabilità medica”* in Responsabilità, Comunicazione, Impresa, Collana diretta da UGO RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2018.)

³⁶ Sul punto, in dottrina, c.f.r. F. DONELLI – M GABRIELLI, op.cit., pag. 349;

³⁷ Sul punto, in dottrina, c.f.r. F. DONELLI – M GABRIELLI, op.cit., secondo cui *“fermo restando la coerenza dell'inquadramento giuridico della responsabilità della Struttura sanitaria per deficit organizzativi per la quale non è necessaria, evidentemente, l'individuazione di una condotta, attiva o omissiva, posta in essere da un particolare soggetto, cioè che invita ad una riflessione è una fragilità difensiva (talora inescusabile) dell'ente ospedaliero...subordinata ad una ricostruzione degli eventi ed a una ricerca delle cause mosse da soglie probabilistiche sempre meno elevate (più probabile che non) in cui la regola della normalità causale e della preponderanza dell'evidenza lascia il posto alla “verosimiglianza” di un'igiene non accurata della sala operatoria. (Tribunale Monza, sentenza 17 luglio 2006) o della Struttura (Cass.Civ. Sez. III, sentenza 24401 del 1° dicembre 2010 ma non anche alla mera presunzione di condotte di buon senso (Tribunale Roma, sentenza del 7 novembre 2004)”*.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

considerazione della sua matrice principalmente esogena, della rapidità della diffusione, dell'alto numero di contagiati e del considerevole numero di soggetti asintomatici e paucisintomatici portatori del virus tali da rendere così ulteriormente grave e pervasiva l'infezione.

A ciò si aggiungano le **scarsissime conoscenze scientifiche della malattia**, che rendono ancora più incerto e difficile l'intervento medico.

Si ritiene nel contempo, che **tali profili problematici** riverbereranno i loro **effetti** anche **sull'onere della prova** in punto di nesso di causa **incombente sul paziente danneggiato**, che magari asintomatico al ricovero in medicina d'urgenza, abbia manifestato i primi sintomi a distanza di tre giorni. La matrice esogena della infezione potrà dunque incidere sull'accertamento del nesso di causa tra l'assunta condotta inadempiente e l'evento di danno alleggerendo la posizione della Struttura convenuta

Dal canto suo, la Struttura sanitaria dovrà fornire la prova di aver adottato efficacemente *i)* le Linee di indirizzo assistenziali emanate dal Ministero della Salute³⁸; *ii)* le Linee Guida operative emanate dalle singole Regioni per la identificazione/gestione dei casi sospetti e di quelli confermati³⁹; *iii)* le indicazioni ad

³⁸ Per esempio, il **Ministero della Salute** con la **circolare n. 5443 del 22 febbraio 2020**, indirizzata – tra gli altri – a tutti gli assessorati della sanità presso le Regioni ordinarie e a Statuto speciale, forniva ulteriori indicazioni per la **“gestione dei casi nelle strutture sanitarie, l'utilizzo dei DPI per il personale sanitario e le precauzioni standard di biosicurezza”**, integrative di quelle rese con le precedenti circolari n. 1997 del 22.01.2020 e la n. 2302 del 27.01.2020 di cui si è dato conto nella nota n.18. Con riferimento alle norme di igiene, la Circolare così prevede:

“-Pulizia di ambienti non sanitari-

In stanze, uffici pubblici, mezzi di trasporto, scuole e altri ambienti non sanitari dove abbiano soggiornato casi confermati di COVID-19 prima di essere stati ospedalizzati verranno applicate le misure di pulizia di seguito riportate.

A causa della possibile sopravvivenza del virus nell'ambiente per diverso tempo, i luoghi e le aree potenzialmente contaminati da SARS-CoV-2 devono essere sottoposti a completa pulizia con acqua e detergenti comuni prima di essere nuovamente utilizzati. Per la decontaminazione, si raccomanda l'uso di ipoclorito di sodio 0,1 % dopo pulizia. Per le superfici che possono essere danneggiate dall'ipoclorito di sodio, utilizzare etanolo al 70% dopo pulizia con un detergente neutro.

Durante le operazioni di pulizia con prodotti chimici, assicurare la ventilazione degli ambienti.

Tutte le operazioni di pulizia devono essere condotte da personale che indossa DPI (filtrante respiratorio FFP2 o FFP3, protezione facciale, guanti monouso, camice monouso impermeabile a maniche lunghe, e seguire le misure indicate per la rimozione in sicurezza dei DPI (svestizione). Dopo l'uso, i DPI monouso vanno smaltiti come materiale potenzialmente infetto. Vanno pulite con particolare attenzione tutte le superfici toccate di frequente, quali superfici di muri, porte e finestre, superfici dei servizi igienici e sanitari. La biancheria da letto, le tende e altri materiali di tessuto devono essere sottoposti a un ciclo di lavaggio con acqua calda a 90°C e detergente. Qualora non sia possibile il lavaggio a 90°C per le caratteristiche del tessuto, aggiungere il ciclo di lavaggio con candeggina o prodotti a base di ipoclorito di sodio).

Misure preventive - igiene delle mani

La corretta applicazione di misure preventive, quali l'igiene delle mani, può ridurre il rischio di infezione.

Si raccomanda pertanto di posizionare appositi distributori di gel alcolici con una concentrazione di alcol al 60-85%, nei luoghi affollati (ad esempio: aeroporti stazioni ferroviarie, porti metropolitane, scuole, centri commerciali, mercati, centri congressuali). Misure preventive quali l'igiene delle mani, l'igiene respiratoria e il distanziamento sociale, devono essere pubblicizzate tramite appositi materiali informativi esposti nelle summenzionate strutture.”

³⁹ Per esempio, la **Regione Campania** nel recepire la circolare del Ministero della salute di cui alla nota precedente, emanava la **ordinanza n. 1 del 24 febbraio 2020** con cui **ordinava ai Direttori Generali delle Aziende sanitarie** la compiuta osservanza e **applicazione delle disposizioni di cui alla indicata circolare del Ministero della Salute nonché delle Linee Guida operative per**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

interim emanate dall'Istituto Superiore della Sanità circa l'utilizzo razionale dei dispositivi di protezione individuale (D.P.I.)⁴⁰, sulle procedure di sterilizzazione degli

l'identificazione/gestione dei casi sospetti e accertati di infezione da Coronavirus fornite dalla Regione e allegata al provvedimento.

Le indicate **Linee Guida Regionali**, con riferimento per esempio, alla **gestione del paziente in Pronto Soccorso** stabiliscono che:

“Gestione caso sospetto in Pronto Soccorso -

Il paziente giunto in PRONTO SOCCORSO dovrà essere avviato a un PERCORSO AUTONOMO DEDICATO, riducendo al minimo il contatto con altri individui. Tale percorso verrà effettuato mediante triage dedicato a tale infezione. Innanzitutto, a tutti i pazienti con sintomi simil-influenzali che accedono al P.S. è necessario far indossare una mascherina protettiva (chirurgica). Successivamente, dopo attenta valutazione anamnestico-epidemiologica, il paziente valutato come "caso sospetto" verrà condotto in una stanza di isolamento o comunque in un ambiente protetto. I pazienti non inquadrabili come casi sospetti restano nella comune sala di attesa del P.S.

La gestione del caso sospetto in P.S. varia a seconda della presenza di una UO Malattie Infettive nel P.O.

L'operatore sanitario che identifica il "caso sospetto" è tenuto a compilare la "Scheda di segnalazione di caso sospetto, probabile, confermato di SARS-CoV-2" (Allegato 2) e a inviarla tempestivamente a: notifica.malattieinfettive@regione.campania.it e al SEP-Dipartimento di Prevenzione di riferimento.”

Le Linee Guida, forniscono poi dettagliate indicazioni per l'attività di triage in un P.O. con o senza UO di Malattie Infettive, precisando in ogni caso, in un nota bene, che:

“I casi sospetti che dovessero presentarsi in condizioni critiche (codice rosso) presso un qualsiasi P.S. saranno prontamente trattati localmente, se necessario anche nel reparto di Rianimazione, a prescindere dalla presenza o meno di un reparto di Malattie Infettive nel P.O.; sempre e comunque sarà necessario minimizzare il rischio di commistione e inquinamento in ambienti intensivi. Tali pazienti saranno eventualmente trasferiti, quando clinicamente possibile, presso la Rianimazione del P.O. Cotugno previa verifica di disponibilità del posto letto. Nel corso di tutte le procedure cliniche e diagnostiche il personale medico dovrà indossare i necessari DPI. E' possibile che giunga in osservazione un soggetto senza alcuna sintomatologia ma con criterio epidemiologico (possibile esposizione a SARS-CoV2 nei 14 giorni precedenti); in tal caso il soggetto verrà messo in isolamento domiciliare fiduciario fino al 14° giorno dal possibile contagio, dandone immediata comunicazione al Servizio di Igiene Pubblica (Dipartimento di Prevenzione) territorialmente competente, che garantisce la sorveglianza. In caso di presentazione di sintomatologia respiratoria, il medico di Sanità Pubblica allenterà il medico ospedaliero assicurando il trasferimento del paziente presso il rispettivo ospedale di riferimento ove verrà gestito come caso clinico probabile.”

Interessanti sono anche le indicazioni terapeutiche contenute nelle Linee Guida della Regione Campania al 1 marzo 2020, che nella loro genericità comprovano l'assoluta incertezza terapeutica del Covid-19. Così testualmente:

“3.2 Approccio terapeutico –

Ad oggi non ci sono trattamenti specifici per tale infezione. È in corso un trial randomizzato con lopinavir/ritonavir in Cina, ma non ne è al momento provata l'efficacia. - L'approccio terapeutico sarà simile a tutte le sindromi respiratorie a seconda della gravità secondo gli standard e le linee guida internazionali e nazionali. - Sebbene non vi siano dati specifici per l'infezione da SARS-COV2, va sottolineato che l'OMS raccomanda cautela nell'uso di steroidi anche in considerazione di revisioni sistematiche su SARS che non dimostravano alcun beneficio nel loro utilizzo {SARS: systematic review of treatment effects. PLoS Med 2006;3:e343}. Inoltre, anche una revisione sistematica di studi osservazionali su influenza non dimostrava alcun beneficio, riportando un più alto tasso di mortalità nei soggetti trattati con steroidi (Corticosteroids as adjunctive therapy in the treatment of influenza. Cochrane Database Syst Rev 2016;3:CD010406.). Pertanto, si conclude che non ci sono evidenze di utilizzo dell'uso degli steroidi.”

⁴⁰ Le indicazioni *ad interim* del 14 marzo 2020, fornite dall'Istituto Superiore della Sanità al Ministero della Salute e da questo, con proprie circolari, a tutte le Regioni, prevedono, per esempio, che **“Per ridurre il consumo improprio ed eccessivo di DPI e prevenire la loro carenza è opportuno che gli operatori evitino di entrare nella stanza in cui sia ricoverato un caso sospetto/accertato di COVID-19 se ciò non è necessario a fini assistenziali. È anche**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

ambienti, degli strumenti chirurgici, sui disinfettanti da utilizzare, sulla predisposizione di percorsi alternativi, sulle modalità di effettuazione del *triage* e molto altro ancora.

Indicazioni che, come detto sopra, sono state aggiornate e modificate a poca distanza l'una dall'altra, in base all'evoluzione della pandemia, ma anche in base all'andamento del mercato mondiale nell'approvvigionamento dei D.P.I., che ha rappresentato e rappresenta un altro buco nero di questa emergenza e che ha scoperchiato un quadro di insufficienza non di poco momento. Tanto è vero che le indicazioni sono funzionali appunto ad un utilizzo razionale dei D.P.I., proprio perché non ve ne sono.

L'Ente dovrà essere attento nel versare nel fascicolo di causa i verbali del comitato di crisi aziendale, le relazioni e le disposizioni emesse dal *Risk Management*, le direttive precettive promulgate dai Direttori sanitari e dal Direttore generale funzionali a porre in essere questi minimi presidi di sicurezza.

Pertanto, provata la adozione delle indicazioni prescritte dal Ministero della Salute, dall'I.S.S. e dalle singole Regioni attraverso la produzione documentale dei protocolli attuativi interni, dei certificati dei controlli e delle norme di profilassi adottati, **la Struttura dovrà provarne l'efficacia, cioè la concreta attuazione, di tali indicazioni, linee di indirizzo e linee guida regionali.**

L'indicato profilo probatorio si ritiene che possa essere assolto mediante la produzione in giudizio di una **cartella clinica, esaustiva e completa**, che descriva in maniera dettagliata tutte le operazioni precauzionali e di profilassi adottate dalla Struttura e dai sanitari durante il ricovero del paziente, le procedure di assistenza prestate, con una precisa raccolta anamnestica che specifichi con chiarezza i sintomi avvertiti, il motivo di ricovero e la storia clinica.

Che tale aspetto assuma rilevanza in sede di valutazione giudiziale dell'adempimento della Struttura e, dunque in sede di valutazione dell'inevitabilità dell'infezione, lo si ricava dalla lettura di alcune decisioni di merito⁴¹ che nel valutare la condotta tenuta dalla Struttura e dai sanitari, ha tenuto in debito conto, sulla scorta delle risultanze della CTU, la mancanza in cartella clinica di una descrizione dettagliata delle procedure mediche seguite, sottolineando la necessità che *“la struttura ed il personale documentino adeguatamente le manovre eseguite ed il rispetto di linee-guida e protocolli in tema di asepsi”*.

opportuno considerare di raggruppare le attività e pianificare le attività assistenziali al letto del paziente per minimizzare il numero di ingressi nella stanza (ad esempio, controllo dei segni vitali durante la somministrazione di farmaci oppure distribuzione del cibo ad opera di un operatore sanitario che deve eseguire altri atti assistenziali) rivedendo l'organizzazione del lavoro al fine di evitare, ripetuti accessi agli stessi e conseguente vestizione e svestizione e consumo di DPI ripetuta. Inoltre, in caso di disponibilità limitata, è possibile programmare l'uso della stessa mascherina chirurgica o del filtrante per assistenza di pazienti COVID-19 che siano raggruppati nella stessa stanza, purché la mascherina non sia danneggiata, contaminata o umida. Alle stesse condizioni, i filtranti possono essere utilizzati per un tempo prolungato, fino a 4 ore al massimo.”

Le indicazioni contenute nel suddetto documento sono state approvate dal Comitato Tecnico Scientifico attivo presso la Protezione Civile e recepite dal Ministero. Il documento indica quali sono i dispositivi di protezione (guanti, mascherine, camici o occhiali) nei principali contesti in cui si trovano gli operatori sanitari che entrano in contatto con i pazienti affetti da Covid-19 raccomandando l'uso delle mascherine con filtranti facciali (FFP2 e FFP3) in tutte le occasioni a rischio.

⁴¹ C.f.r. Tribunale Bologna, sentenza 13 ottobre 2017 n. 2231;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Come è stato osservato anche dalla dottrina, *“la struttura avrebbe (forse) potuto andare esente da responsabilità se avesse provato che nel caso concreto erano state adottate una serie di misure volte a garantire l'asetticità del sito chirurgico; poteva, cioè, essere fornita la prova della **concreta adozione** di guanti, maschere, camici e altri espedienti volti a ridurre i rischi di contagio in conformità alle linee guida in materia di asepsi, inoltre poteva essere **compilata più puntualmente la cartella clinica sia in relazione alle procedure seguite in fase operatoria che post-operatoria.**”*⁴²

In un caso analogo a quello deciso dal Tribunale di Bologna si è pronunciato il **Tribunale di Milano, sez. I, ord. 9 aprile 2019, n. 2728**, in relazione ad un'infezione occorsa all'esito di un intervento chirurgico agli arti inferiori per un problema settico che ha comportato la necessità di ulteriori prestazioni sanitarie.

Il Tribunale – a fronte di una CTU che ha affermato la sicura natura nosocomiale dell'infezione, pur nell'incertezza in ordine alla sua specifica causa – ha ritenuto che le prove fornite dalla struttura sanitaria non fossero idonee ad escludere la colpa della stessa nella determinazione dei danni. Invero, nonostante la convenuta abbia genericamente dimostrato di aver adottato linee guida e protocolli diretti ad evitare le infezioni nosocomiali, **è mancata la prova che, nel caso specifico, tali protocolli siano stati scrupolosamente osservati, in quanto dalla cartella clinica e dalla check list preoperatoria non è emerso il rispetto di tutte le attività di prevenzione.**⁴³

Anche la **Suprema Corte**, nel pronunciarsi sull'inadeguatezza della prova liberatoria in un caso di infezione conseguente a episiotomia non adeguatamente trattata con antibiotici specifici, dopo aver affermato che *“il fatto che il trattamento antibatterico possa non avere successo non giustifica l'omissione delle indagini dirette ad accertare quali siano i medicinali più efficaci (nella specie, l'emocoltura)”*, chiarisce pure che:

*«Manca poi ogni motivazione in ordine all'addebito avente ad oggetto l'incompleta redazione della cartella clinica, nella quale è stata **omessa la registrazione dei dati relativi all'evolvere della ferita episiotomica, dalla quale ben potrebbe avere avuto origine l'infezione.** Trattasi di omissione che di per sé configura inesatto adempimento, per difetto di diligenza (cfr. Cass. civ. Sez. 3, 26 gennaio 2010 n. 1538)».* (c.f.r. Cass. Civ. Sez. III, 257/2011)

Queste pronunce – centrali rispetto a tante altre rese sul tema – danno contezza di come la prova liberatoria debba ricostruire attentamente le circostanze del caso, dando dimostrazione delle cautele in concreto adottate (e che devono emergere anche dalla lettura della cartella clinica) non bastando una prova generica e decontestualizzata rispetto alla fattispecie in questione (quale, appunto, l'adozione di protocolli in materia di sterilizzazione e lo svolgimento di verifiche a campione della disinfestazione). La prova, inoltre, deve dimostrare – sempre con stretto riguardo al caso concreto – l'efficacia delle procedure funzionali ad evitare l'evento e, dunque, che l'infezione

⁴² M. VANINI *“La prova liberatoria nella responsabilità da infezioni nosocomiali”* in <http://ridare.it/articoli/focus/la-prova-liberatoria-nella-responsabilit-da-infezioni-nosocomiali> ;

⁴³ M. VANINI *“La prova liberatoria nella responsabilità da infezioni nosocomiali”* in <http://ridare.it/articoli/focus/la-prova-liberatoria-nella-responsabilit-da-infezioni-nosocomiali> ;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

fosse anteriore all'intervento o legata ad un fattore imprevedibile. Infine, deve essere prodotta una cartella clinica dettagliata, che contenga l'indicazione di tutte misure applicate nella fase *pre* e *post* operatoria.

In sintesi, **la prova è liberatoria se è specifica, efficace, dettagliata nonché comprovata dalla analitica compilazione della cartella clinica.**⁴⁴

Se si riesce a dare dimostrazione di ciò, l'infezione dovrà **ritenersi inevitabile** e dunque non imputabile al debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Parrebbe, dunque, a chi scrive, che l'ordinamento, in uno agli arresti giurisprudenziali *in subiecta materia* via via già consolidati, contenga in sé gli strumenti sostanziali e processuali, funzionali a poter offrire una tutela minimale alle Strutture sanitarie e agli esercenti la professione sanitaria, nonostante l'onere probatorio appaia particolarmente pregnante.

In ogni caso e, come detto, nella valutazione della imputabilità dell'inadempimento, non potrà non tenersi in debito conto la perdurante carenza di conoscenze mediche funzionali ad affrontare il virus, l'imprevedibilità violenta ed eccezionale della pandemia tuttora ancora in atto, nonché le difficoltà strutturali pregresse e comunque non idonee a sopportare l'impatto della aggressione pandemica, così come è stato pure da altri Autori già osservato.⁴⁵

Riprendendo le parole di una equilibrata giurisprudenza di merito, che mira a ricomporre entro limiti più bilanciati la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero che si interseca con l'onore probatorio in materia di infezioni nosocomiali:

“la prova richiesta all'azienda ospedaliera non può essere una prova impossibile, come quella di aver seguito nel singolo caso concreto tutti gli accorgimenti necessari, a meno di non voler reputare che in tutti i casi, agendo con detti accorgimenti, l'infezione sarebbe stata evitata, il che non è vero – in assoluto potendo casi di infezione manifestarsi anche per eventi del tutto casuali e spesso inevitabili neppure con l'applicazione della massima diligenza” (c.f.r. Tribunale Pisa, sentenza 313/2007)

Tale visione interpretativa così meditata appare coerente inoltre con la più recente giurisprudenza di legittimità, laddove questa ha affermato che *“nelle obbligazioni di diligenza professionale, la prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore”* (Cass. Civ. III, nn. 28891 e 28892/2019), ricollocando quindi l'obbligazione della prestazione del sanitario in quella di mezzi e non di risultato.

Inoltre, sempre in tema di valutazione della condotta qualificata inadempiente, la S.C. ha osservato che:

“La diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella “rafforzata” di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico, e del grado di efficienza della struttura in cui si trova

⁴⁴ M. VANINI *“La prova liberatoria nella responsabilità da infezioni nosocomiali”* in <http://ridare.it/articoli/focus/la-prova-liberatoria-nella-responsabilit-da-infezioni-nosocomiali> ;

⁴⁵ c.f.r. R. CUOMO – *“COVID-19: riflessioni in tema di infezioni ospedaliere e di responsabilità sanitaria”* in <https://www.iusnitere.it/covid-19-riflessioni-in-tema-di-infezioni-ospedaliere-e-di-responsabilita-sanitaria-26920> ;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

ad operare. Pertanto dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata”. (Cass. n. 17143/2012).⁴⁶

Si ritiene, dunque, che nella valutazione della gestione e della prevenzione del rischio di contagio da Covid-19 nell’ambito delle strutture ospedaliere, si dovrà tenere conto del diverso grado di specializzazione delle stesse, ponendo dunque mente alla circostanza se esse siano o non siano strutture di eccellenza in infettivologia; alle prime sarà richiesto, nell’adempimento della prestazione, una diligenza maggiore (il pensiero corre ai nostri Ospedali di eccellenza quali lo Spallanzani di Roma o il Cotugno di Napoli) nella prevenzione del contagio ospedaliero rispetto, ad esempio, a quella esigibile da un piccolo ospedale dell’Irpinia, fermo restando la necessaria dimostrazione circa la predisposizione delle misure precauzionali minime atte ad evitare la diffusione del virus.

Diversa sarà la vicenda, con riguardo ad una struttura di assistenza per anziani che continui ad omettere attività di disinfestazione e sterilizzazione degli ambienti e dei materiali, che non metta a disposizione e non imponga l’utilizzo dei dispositivi di protezione individuale e che non escluda l’accesso dei visitatori e che abbia consentito, ipoteticamente, a malati di Covid di essere ospitati in strutture RSA senza aver predisposto strutture di accoglienza distinte, accessi distinti, percorsi di accesso ed uscita distinti.

Così descritte le coordinate giuridiche e giurisprudenziali, alla luce delle quali - in assenza di una norma *ad hoc* - articolare la linea difensiva delle Strutture sanitarie e degli esercenti la professione sanitaria, riteniamo che l’Ordinamento possa – con gli attuali strumenti – rispondere a quella esigenza di tutela di cui si è dato conto nel primo capitolo.

Si ritiene che, nel caso in cui si volesse rafforzare la tutela in favore delle Strutture Sanitarie e degli esercenti la professione medica, sia più proficuo agire sul versante dell’art. 1218 c.c. piuttosto che su quello della limitazione della responsabilità alle sole ipotesi di colpa grave.

E ciò, sia perché in talune ipotesi di responsabilità il predicato di cui all’art. 2236 c.c. è inapplicabile (responsabilità autonoma della Struttura); sia perché la limitazione alla sola colpa grave lascerebbe impunte condotte negligenti ed imprudenti imputabili ai sanitari e non a quella sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti; sia perché si ritiene che le eventuali condotte inadempienti siano state determinate più dal

⁴⁶ E ancora in giurisprudenza si legga: “La difficoltà dell’intervento e la diligenza del professionista vanno valutate in concreto, rapportandole al livello di specializzazione del professionista e alle strutture tecniche a sua disposizione, sicché il medesimo deve, da un canto, valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all’ausilio di un consulto (se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo); e, da altro canto, adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative financo consigliando al committente, se manca l’urgenza di intervenire, di rivolgersi ad altro professionista (cfr. Cass., 13/4/2007, n. 8826; Cass., 5/7/2004, n. 12273. V. anche Cass., 21/7/2003, n. 11316; Cass., 16/5/2000, n. 6318).

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

contesto emergenziale in cui la prestazione sanitaria viene resa che dalla difficoltà della prestazione stessa in se per sé considerata.

Inoltre, se l'esigenza di tutela dalle iniziative giudiziarie è avvertita soprattutto nei confronti degli esercenti la professione sanitaria, e cioè nei confronti delle persone che hanno fronteggiato l'emergenza, sarebbe utile introdurre una norma di carattere processuale che limiti il diritto di agire nei soli confronti delle Strutture Sanitarie, fatta salva la possibilità di agire in rivalsa per dolo o colpa grave ai sensi dell'art. 9 della Legge Gelli-Bianco.

Tale soluzione parrebbe essere coerente rispetto alla rivoluzione copernicana introdotta dalla legge Gelli Bianco, la quale ha “espanso” la responsabilità della struttura veicolandola definitivamente all'interno dell'alveo contrattuale e comprimendo quella dell'operatore sanitario veicolata all'interno della responsabilità ex art. 2043 c.c. Si è invero osservato in dottrina che *“la nuova legge, fortemente innovando, al fine di assicurare una effettiva tutela al paziente senza soverchiamente responsabilizzare i singoli operatori sanitari interni, non solo privilegia le azioni volte a far valere la responsabilità della Struttura, ma correlativamente riduce le responsabilità dei singoli operatori. Ed in duplice direzione: sia limitando la loro responsabilità a quella aquiliana, e non anche da inadempimento, sia escludendo o riducendo tanto tale responsabilità quanto quella penale al ricorrere di determinati presupposti.”*

V. I riflessi della pandemia sul rischio assicurativo – Spunti di riflessione su di un altro versante difensivo.

Quali impatti avrà la pandemia, e la conseguenziale emergenza sanitaria che ne è derivata, sui contratti di assicurazione (in corso) per la responsabilità civile stipulati dalle Strutture sanitarie e dagli esercenti la professione medica al fine di essere tenuti indenni dalle conseguenze economiche derivanti loro dai danni arrecati a terzi nell'esercizio della loro attività?

Come reagirà il mondo assicurativo alle richieste di manleva collegate ai sinistri derivanti dall'emergenza Covid-19?

Si sono già sollevate alcune voci, che hanno manifestato l'auspicio *“che il perdurante stato emergenziale in cui operano strutture ed esercenti la professione sanitaria non venga considerato come un fattore di aggravamento del rischio dalle Compagnie.”*⁴⁷ Diversamente, si raggiungerebbe il poco auspicabile risultato di escludere dalle coperture assicurative tutte le condotte professionali svolte durante questa terribile crisi. Si penalizzerebbero così i soggetti e le strutture che più contribuiscono al contenimento e alla risoluzione della pandemia.”

Può allora il Covid-19, e la conseguente emergenza sanitaria, aver determinato un aggravamento del rischio ai sensi dell'art. 1898 c.c.?

Preliminarmente, appare opportuno ricordare che il contratto di assicurazione per la responsabilità civile trova la sua disciplina nell'art. 1917 c.c., rubricato “assicurazione della responsabilità” secondo cui: *“nell'assicurazione della*

⁴⁷ Presidente AIBA (Associazione Italiana Broker di assicurazioni e riassicurazioni) Luca Franzi in <https://www.intermediachannel.it/2020/03/26/responsabilita-civile-dei-medici-e-coperture-assicurative-durante-lemergenza-covid-19/>;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55/5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.⁴⁸

La funzione (la causa) del contratto⁴⁹, è dunque quella di **traslare sull'assicuratore, dietro pagamento di un premio, il rischio (l'alea) di eventi**

⁴⁸ La nozione generale del contratto di assicurazione la si riviene all'art. 1882 c.c., rubricato appunto "nozione", che stabilisce: "L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana".

La definizione fornita dal codice civile disegna la ripartizione tra due macro aree, quella dell'assicurazione sui danni e quella sulla vita. Nell'ambito delle assicurazioni sui danni, solitamente si fanno rientrare le assicurazioni sulla responsabilità civile, che dunque non costituiscono un terzo *genus*.

⁴⁹ In dottrina R. GIOVAGNOLI, C. RAVERA "il contratto di assicurazione: percorsi giurisprudenziali", Giuffrè, 2011, pag. 8, "il tema della causa del contratto di assicurazione è al centro di un significativo sforzo speculativo volto ad individuare una funzione unitaria dell'assicurazione e ad unificare, sotto il profilo della causa, il contratto di assicurazione contro danni e quello di assicurazione sulla vita. Il dibattito è tutt'ora aperto e vede contrapposte numerose posizioni, tutte accomunate dal tentativo di sciogliere il nodo gordiano sulla configurabilità dei diversi tipi di assicurazione come pluralità distinta di istituti giuridici, raggruppati dal legislatore, solo per comodità, sotto la rubrica "dell'assicurazione" o, al contrario, come singole specificazioni di una figura unitaria di portata generale." **Non potendo in questa sede ripercorrere tutto il cammino effettuato dalla dottrina e da insgni giuristi nel corso dei tempi, si accennerà solamente ad alcune delle teorie proposte.**

La **teoria più risalente** individua la causa del contratto nella **funzione indennitaria** (Ascarelli, Donati, Buttaro) cioè nella **funzione di risarcimento del danno all'assicurato**. La dottrina più attenta ha però manifestato perplessità in ordine alla configurabilità della funzione risarcitoria nell'ambito dell'assicurazione sulla vita, interrogandosi, sulla possibilità di ravvisare un danno in tale tipo di assicurazione. Sul punto è stato evidenziato come la morte di una persona non possa essere intesa come causa di un danno, nemmeno nella forma di perdita di un profitto sperato, in quanto "il danno presuppone un uomo vivo e non possono essere considerati danneggiati né l'erede né il beneficiario, che non sono assicurati" E analogamente, nell'assicurazione sulla vecchiaia, è stato osservato come la vecchiaia non possa essere qualificata alla stregua del danno. (R. GIOVAGNOLI, C. RAVERA "il contratto di assicurazione: percorsi giurisprudenziali", Giuffrè, 2011, pag. 8) Inoltre la teoria indennitaria ha come lato negativo di attribuire al contratto una causa (risarcimento danni) che si realizzerebbe solo al verificarsi del sinistro: sicché tutte le volte che il sinistro non si verifica, il contratto sarebbe senza causa.

Si è sostenuto poi che la funzione unitaria del contratto di assicurazione riposerebbe nella **copertura di un bisogno eventuale** (c.f.r. SANTORO-PASSARELLI, "Rischio e bisogno nella previdenza sociale" in *riv. it. prev. soc.*, 1948, 8 ss.; Id., "La causa del contratto di assicurazione", in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, 207, ss.) La funzione sarebbe dunque quella di porre a disposizione di una persona una ricchezza nel caso che si verifichi un evento provocatore di bisogno, cioè più brevemente di soddisfare un bisogno eventuale. Sebbene di più ampio respiro della precedente, questa teoria non sfugge innanzitutto all'obiezione già rivolta alla teoria indennitaria, che, svolgendo il contratto la sua funzione soltanto al verificarsi dell'evento provocatore di bisogno, tutte le volte che l'evento non si verifica il contratto sarebbe senza causa. Discussa è stata anche la teoria che individua la causa nella **funzione economico-sociale** del contratto, secondo la nota teoria del BETTI, *Teoria generale del rapporto giuridico, in tratt. Dir. Civ. it. Diretto da VASSALLI*, Torino, 1952, pp. 170 ss., secondo cui la causa viene fatta consistere nell'interesse sociale oggettivo, socialmente apprezzabile e controllabile al quale le parti si conformano. La teoria della funzione economico-sociale portò al superamento delle teorie soggettive. Successivamente, si è data sempre più importanza, da diversi punti di vista, **agli interessi delle parti** finalizzati al perseguimento di uno scopo determinato (in tale senso, tra gli altri, BIANCA, *diritto Civile, III, contratto*, Milano, 2000, pp. 419 ss.) **sulla scorta dell'intuizione** che definisce la causa come **funzione economico individuale del contratto**, G.B. FERRI, *Causa e Tipo nella Teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp 113 ss., il quale rileva come la subordinazione degli interessi privati ad una

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

negativi a danno del patrimonio dell'assicurato, in conseguenza di fatti o atti che siano giuridicamente fonte di responsabilità civile verso terzi.⁵⁰

Con riguardo a tale profilo (quello della causa del contratto), la Suprema Corte ha chiarito che **la causa del contratto di assicurazione privata consiste nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore** e, pertanto è indubbio che il rischio stesso debba preesistere alla stipula del contratto, pena la sua nullità. **Quello che, invece, deve essere successivo** alla conclusione di siffatto contratto, e sempre al fine di evitare la configurabilità della sua nullità per essersi l'eventualità di un fatto sfavorevole (nel quale consiste, appunto, il rischio) già verificatasi, **è l'evento**. (c.f.r. Cassazione civile sez. lav., 22.12.2006, n. 27458)

Pure recentemente, la S.C. ha chiarito che *“Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicurato si cautela **contro il rischio dell'alterazione negativa del suo patrimonio**, in quanto l'assicuratore si impegna a tener indenne ed a reintegrare il patrimonio dell'assicurato attraverso il pagamento di una somma di danaro pari all'esborso dovuto dall'assicurato stesso in conseguenza di un fatto colposo a lui addebitato, anche se dovuto a colpa grave”* (c.f.r. Cassazione civile sez. II, 25.9.2019, n.23948).

La questione relativa all'individuazione della funzione tipica del contratto di assicurazione appare strettamente connessa con **l'aspetto strutturale** concernente la ricostruzione dell'obbligazione dell'assicuratore, il quale – come detto – assume **il rischio** del verificarsi di un evento negativo per l'assicurato.

Il rischio costituisce elemento essenziale del contratto di assicurazione, e al di là delle irrisolte questioni dottrinarie e giurisprudenziali circa la definizione e la funzione del rischio all'interno del contratto di assicurazione (talvolta inteso come elemento causale del contratto, altre volte come l'oggetto del contratto, altre volte come presupposto di validità⁵¹) **tradizionalmente viene definito come evento futuro e**

superiore funzione sociale di cui sarebbe portatore l'ordinamento giuridico, potrebbe portare alla scomparsa dei premi o al loro riassorbimento nell'ambito degli interessi statuali. Respinta, pertanto, la concezione della causa come “funzione economica –sociale” l'illustre Autore ha proposto un'idea di causa come “funzione economico-individuale” o “causa in concreto”: le parti si rappresentano un determinato risultato (conseguimento di beni) e l'autoregolamento che si danno è in funzione di interessi non generali, ma riferiti ai contraenti stessi. La teoria della causa in concreto è stata di recente condivisa, anche dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale prima di questo radicale cambio di indirizzo, aveva accolto di buon grado la concezione classica della funzione economico-sociale (v. Cass. Civ. 24.7.2007 n. 16315). Pertanto in adesione a tale tesi, la Cassazione Civile, nella sentenza n. 27458/2007, ha chiarito che *“la causa del contratto di assicurazione consiste nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, dovendosi specificare che il rischio stesso deve preesistere alla stipula del contratto, pena la sua nullità. Quello che, invece, deve essere successivo alla conclusione di siffatto contratto, e sempre al fine di evitare la configurabilità della sua nullità per essersi l'eventualità di un fatto sfavorevole (nel quale consiste, appunto, il rischio) già verificatasi, è l'evento.”* In dottrina, v. pure C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina, Libro IV Delle Obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 492).

⁵⁰ In dottrina: DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, III, Milano, 1956, 335; PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Giuffrè Editore.

⁵¹ Ad ogni modo, prevale la tesi che considera **il rischio l'elemento essenziale tout court del contratto di assicurazione**. In dottrina POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione. e in Opere Vol. II.*; In giurisprudenza si richiama, da ultimo, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 12832 del 6.6.2014 che ribadisce, sia pure con riferimento ai contratti di assicurazione stipulati dalla SACE ai sensi della legge 24 maggio 1977 n. 227, che gli stessi sono soggetti alla disciplina dei contratti assicurativi così *“che l'esistenza del rischio è elemento essenziale del contratto, altrimenti nullo ex art. 1895 cod. civ., restando invece del tutto irrilevante*

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

incerto⁵² il cui accadimento involontario, e cioè **non ascrivibile al dolo dell'assicurato** (art.1900 c.c.) ingenera un bisogno di **ristoro, di protezione, di assistenza o *stricto sensu* previdenziale**.

Nella struttura del contratto, **il rischio** (evento futuro e incerto) che si intende assicurare, e dunque traslare all'assicuratore, **viene bilanciato dalla corrispettiva determinazione del premio assicurativo** (prestazione attuale e certa) da versare all'assicuratore; **premio e rischio** vengono a costituire le due componenti del **sinallagma contrattuale**.⁵³

Infatti, la tipologia, la probabilità di accadimento e la potenziale gravità delle conseguenze del **rischio** dedotto in contratto **costituiscono elementi determinanti del sinallagma** contrattuale (assunzione rischio/pagamento premio) e **fungono da primo criterio per la quotazione del premio**.

Di qui i precisi obblighi di cooperazione imposti al contraente nella nevralgica fase delle trattative, nell'ambito delle quali è tenuto ad offrire all'assicuratore (a tutela anche degli interessi dell'intera collettività assicurata al rispetto di un certo equilibrio assuntivo) una veritiera rappresentazione del rischio, senza indurre l'impresa ad una sua errata ed antieconomica valutazione.⁵⁴

Come chiarito anche in giurisprudenza: *“Nel contratto di assicurazione, per sua natura aleatorio, alle dichiarazioni dell'assicurato, secondo quanto espressamente stabilisce la norma di cui al primo comma dell'art. 1892 c.c., è assegnata la specifica finalità di porre l'assicuratore a conoscenza, prima della conclusione del contratto, di tutte le circostanze, che possano influire sulla determinazione concreta del rischio assicurato e che difficilmente l'assicuratore medesimo può desumere "aliunde". Le dichiarazioni dell'assicurato, pertanto, assumono valore essenziale, in quanto la corrispondenza tra rischio reale e rischio rappresentato dal contraente costituisce presupposto per la validità del contratto, stabilito a tutela e nell'interesse dell'assicuratore per l'esigenza di garantire che il premio non sia inferiore al rischio assicurato e che, in ogni caso, l'indennizzo dovuto sia proporzionale al*

la finalità perseguita dal legislatore attraverso la predetta legge, perché, qualunque essa sia, trova attuazione mediante lo strumento di diritto privato disciplinato dagli artt. 1882 e seguenti cod. civ.”

⁵² in dottrina, M. HAZAN, “il rischio assicurato” in www.ridare.it; “*Senonché una tale definizione non risulta indenne da severi dubbi ermeneutici; lo stesso requisito dell'incertezza, in particolare, non va inteso in termini assoluti. Se si pensa, infatti, al rischio di morte nell'assicurazione sulla vita, non può non osservarsi come lo stesso risulti incerto solo quanto al momento del suo verificarsi. L'incertezza, quale elemento strutturale del rischio assicurativo, va dunque valutata in termini relativi, potendo essere riferita sia all'an che al quando dell'evento dedotto in polizza.*”

⁵³ In un'ottica sistematica, occorrerà tenere a mente che, ai fini della individuazione del contenuto contrattuale, il rischio rileva come base della determinazione del premio il quale viene quantificato in parte secondo quella che è la probabilità di accadimento del rischio assicurato. È noto invero che il premio si compone di due elementi: *i*) il cosiddetto premio puro (primo elemento) che è calcolato su basi probabilistiche in relazione al rischio, e *ii*) il cosiddetto caricamento (secondo elemento) è rappresentato dalle spese per l'emissione, l'acquisizione e la gestione del rischio.

Può, dunque, sostenersi che la relazione tra rischio e premio concreta la componente dell'equilibrio economico del contratto di assicurazione. La conseguenza è che, a livello di tecnica di gestione del rischio da parte dell'impresa assicuratrice, il premio è calcolato non in relazione al singolo rischio ma con riferimento alla comunione dei rischi in cui questo è inserito.

In altre parole, il premio è determinato tenuto conto della probabilità di accadimento dell'evento coperto nel complesso dei rischi assicurati per il periodo assicurativo considerato.

⁵⁴ In questi termini, in dottrina, M. HAZAN, “il rischio assicurato” in www.ridare.it;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

premio pagato. Da qui la rilevante incidenza sulla disciplina del rapporto assicurativo delle dichiarazioni inesatte e reticenti, consistenti anche in quelle che, pur non assumendo il connotato vero e proprio della falsità, offrano, tuttavia, una rappresentazione della realtà parziale, incompleta, errata, imprecisa e, comunque, non fedele. Occorre sempre, però, che le dichiarazioni reticenti o inesatte abbiano ad oggetto circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso (ovvero l'avrebbe prestato a condizioni diverse) se, con valutazione da compiere al momento della sottoscrizione della polizza, avesse conosciuto lo stato reale della situazione complessiva incidente sull'entità del rischio assicurato." (c.f.r. Tribunale Busto Arsizio sez. III, 14.1.2020, n.41)

L'equilibrio economico del sinallagma, inteso come sintesi dinamica tra **rischio e premio**, che potrebbe subire alterazione nel corso del rapporto, **viene tutelato** dalle disposizioni del codice civile in tema di **diminuzione del rischio** (art. 1897 c.c.) e **aggravamento del rischio** (art. 1898 c.c.), norme considerate dalla dottrina come contenenti una disciplina speciale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.⁵⁵

Tali disposizioni sono funzionali a garantire che **permanga un equilibrio tra il rischio** che l'assicuratore assume **ed il premio** che l'assicurato è tenuto a versare.

Come chiarito anche dalla S.C. *“L'interpretazione di un contratto di assicurazione deve procedere, in ragione della natura sinallagmatica del vincolo, alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore, sicché proprio la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite massimo del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.* (c.f.r. Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 10596 del 30 aprile 2010).

Ora, tenendo fermi tali principi, e con riguardo **all'emergenza sanitaria** causata dalla pandemia, ci si chiede se si possa **sostenere** che il Covid-19 **concreti una circostanza che abbia squilibrato il sinallagma, aggravando il rischio** assicurato.

La giurisprudenza (Cass. Civ. 6 ottobre 2016, n. 20011) ha costantemente chiarito che l'aggravamento del rischio di cui all'art. 1898 c.c. consiste in una più intensa probabilità di verificazione dell'evento temuto, rispetto al calcolo probabilistico avuto presente dalle parti al momento della stipula, alterando così l'equilibrio tra il rischio ed il premio oltre il limite della normale area contrattuale.

Per aversi **aggravamento del rischio rilevante** ai sensi e per gli effetti dell'art. 1898 c.c., occorre:

a) un aumento delle possibilità di verificazione dell'evento previsto dal contratto di assicurazione; o un aumento di pericolosità del danno⁵⁶.

b) che la nuova situazione presenti i caratteri della novità, nel senso che **non sia stata prevista e non fosse prevedibile** dai contraenti al momento della stipula del contratto ma anche non ricollegabile, rispetto a canoni di normalità, alla evoluzione della originaria situazione di fatto;

⁵⁵ D. VALENTINO, “Commentario del Codice Civile - Dei singoli contratti” Vol. 4, UTET, 2011, pag. 43;

⁵⁶ in dottrina, RECCHIONI, Le difformità tra il rischio reale ed il rischio rappresentato nel contratto assicurativo – L'aggravamento del rischio.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

c) la **permanenza**, intesa come **stabilità della situazione sopravvenuta**, essendo irrilevante un mutamento episodico e transitorio (Cass. 18 gennaio 2000, n. 500; 10 aprile 1987, n. 3563).

Da un punto di vista codicistico, l'art. 1898 c.c.⁵⁷, nel disciplinare – come detto – l'aggravamento del rischio, prevede che il **contraente ha l'obbligo di dare immediato avviso** all'assicuratore dei **mutamenti che aggravano il rischio**, in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato.

Ricevuto l'avviso, **l'assicuratore può recedere** dal contratto, dandone comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto l'avviso o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio. Il recesso dell'assicuratore **ha effetto immediato** se l'aggravamento è **tale che l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione**; ha effetto **dopo quindici giorni**, se l'aggravamento del rischio è tale che **per l'assicurazione sarebbe stato richiesto un premio maggiore**. Spettano all'assicuratore i premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui è comunicata la dichiarazione di recesso e, **se il sinistro si verifica prima che siano trascorsi i termini per la comunicazione e per l'efficacia del recesso, l'assicuratore non risponde qualora l'aggravamento del rischio sia tale che egli non avrebbe consentito l'assicurazione se il nuovo stato di cose fosse esistito al momento del contratto; altrimenti la somma dovuta è ridotta**, tenuto conto del rapporto tra il premio stabilito nel contratto e quello che sarebbe stato fissato se il maggiore rischio fosse esistito al tempo del contratto stesso.

L'accertamento della rilevanza dell'aggravamento va dunque effettuato sulla base delle scelte che avrebbe verosimilmente compiuto l'assicuratore, e dunque **sulla base di un criterio soggettivo**, non oggettivo. La previsione dell'art. 1898 c.c. non considera infatti qualsiasi mutamento delle circostanze, ma **solo quei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che**, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, **l'assicuratore non avrebbe consentito all'assicurazione o l'avrebbe consentita per un prezzo più elevato** (Cass. 6 ottobre 2016, n. 20011; v. *ex multis*, Cass. Civ.

⁵⁷ Art. 1898 c.c. – aggravamento del rischio – “ *Il contraente ha l'obbligo di dare immediato avviso all'assicuratore dei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato.*

L'assicuratore può recedere dal contratto, dandone comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto l'avviso o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio.

Il recesso dell'assicuratore ha effetto immediato se l'aggravamento è tale che l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione; ha effetto dopo quindici giorni, se l'aggravamento del rischio è tale che per l'assicurazione sarebbe stato richiesto un premio maggiore.

Spettano all'assicuratore i premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui è comunicata la dichiarazione di recesso.

Se il sinistro si verifica prima che siano trascorsi i termini per la comunicazione e per l'efficacia del recesso, l'assicuratore non risponde qualora l'aggravamento del rischio sia tale che egli non avrebbe consentito l'assicurazione se il nuovo stato di cose fosse esistito al momento del contratto; altrimenti, la somma dovuta è ridotta, tenuto conto del rapporto tra il premio stabilito nel contratto e quello che sarebbe stato fissato se il maggiore rischio fosse esistito al tempo del contratto stesso.”

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

14.03.1996 n. 2115 e Cass. Civ. Sez. I 10.04.1987 n. 3563 nonché T. Varese, 08.10.1999).

Calando i principi di diritto nel caso ipotizzato, andrà tenuto a mente che la **funzione** del contratto di assicurazione per la R.C. ex art. 1917 c.c. è quella di **elidere gli effetti patrimonialmente negativi derivanti dall'insorgenza di un debito di responsabilità. Il rischio, dunque, coperto** dall'assicurazione sulla responsabilità civile consiste **nell'eventualità che l'assicurato possa essere obbligato a risarcire i danni cagionati a terzi.**⁵⁸

L'**evento temuto** (futuro ed incerto) è rappresentato dunque **dall'impovertimento del patrimonio** dell'assicurato per debiti di responsabilità.

Ora, fermo tale principio - e al fine di stabilire se la pandemia possa aver determinato un **aggravamento del rischio rilevante** ai sensi dell'art. 1898 c.c. - si ritiene che si possa sostenere che l'emergenza sanitaria da Covid-19 abbia effettivamente **determinato un aumento rilevante della possibilità di verifica dell'evento temuto.**

E ciò, in considerazione del considerevole aumento dei ricoveri, dei pazienti, della conseguente carenza dei posti letti, della riconversione di interi reparti in settori Covid, della allocazione del personale in reparti non afferenti la loro branca di specializzazione; elementi questi che hanno esposto sicuramente le Strutture sanitarie e i suoi operatori al maggior rischio di procurare danni a terzi, e dunque, di doverli risarcire, così depauperandone il patrimonio.

Allo stesso modo, si ritiene che la **pandemia** presenti certamente *“il carattere della novità,”* richiesto dalla giurisprudenza nelle sentenze in apice richiamate, nel senso che questa (la infezione e l'emergenza sanitaria derivata) **non fosse prevista né prevedibile** dai contraenti, in base alle loro conoscenze, al momento della stipula del contratto.

Maggiori difficoltà sorgono **con riferimento al requisito della permanenza** della situazione comportante un aggravamento del rischio affinché si possa parlare di aggravamento rilevante ai sensi dell'art. 1898 c.c. Tale profilo appare, in ogni caso, non ostativo alla possibilità di svolgere l'eccezione di riduzione del rischio, atteso che la devastante e rapidissima (almeno nelle Regioni del nord) diffusione del virus inciderà sulle coperture assicurative certamente per un tempo non breve, non transeunte né temporaneo, non limitandosi dunque a concretare un unico episodio, ma purtroppo generandone tantissimi.

Come detto, poi, l'aggravamento è rilevante quando **incide sul consenso a stipulare**, tale che l'**accertamento della rilevanza dell'aggravamento va sempre effettuato** sulla base delle scelte che avrebbe verosimilmente compiuto l'assicuratore se avesse conosciuto in fase di stipula la sussistenza del maggior rischio.

Ne discende, sul piano prettamente processuale, che se il sinistro si verifica prima che l'assicuratore sia posto in condizione di esercitare l'opzione (prosecuzione del rapporto alle stesse condizioni economiche o recesso ai sensi dell'art. 1898 c.c.) o in assenza di avviso dell'assicurato, **l'assicuratore convenuto in**

⁵⁸ In dottrina, A. LA TORRE, *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici, le assicurazioni obbligatorie*, Giuffrè, pag. 265;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

giudizio, potrà **eccepire ai sensi del 5° comma dell'art. 1898 c.c. i) l'esclusione dell'indennizzo** nel caso di **aggravamento determinante**, tale che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto; o **ii) la riduzione dell'indennizzo** in relazione al premio che sarebbe stato richiesto ove il maggior rischio fosse stato conosciuto al tempo della stipula, nel caso appunto di **aggravamento non determinante**.

Ovviamente, di tali eccezioni impeditive (da qualificarsi sicuramente quali eccezioni in senso stretto che scontano, a pena di decadenza, la loro tempestiva proposizione) l'assicuratore dovrà fornirne la prova del fatto costitutivo posto a base della propria eccezione.

D'altronde la Corte di Cassazione ha in maniera ormai pacifica ricordato che **l'esclusione dell'indennizzo (prevista dal comma 5 dell'art. 1898 c.c.) non possa operare in difetto del positivo accertamento** — da compiere in concreto e in relazione alle specifiche circostanze del caso — **circa il fatto che, conosciuto il nuovo stato delle cose, l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto.** (c.f.r. Cassazione civile sez. III, 6.10.2016, n.20011, nella specie, relativa ad una polizza avente ad oggetto locali di proprietà di una società, la S.C. ha ritenuto insufficiente ad escludere l'indennizzo il solo rilievo dell'aumento del rischio, individuato dal giudice di merito nel fatto che detti locali, con la messa in liquidazione della società, erano stati abbandonati e privati di sorveglianza, non essendo stato compiuto alcun positivo accertamento circa il fatto che l'assicuratore, se avesse conosciuto tale nuovo stato delle cose, non avrebbe consentito l'assicurazione).

Sempre sotto tale profilo, si rivela **interessante una pronuncia della Suprema Corte** (Cass. civ. Sez. III, Sent., 5.5.2011, n. 9915) che trae origine dalla domanda monitoria formulata da una assicurata nei confronti della propria compagnia di assicurazione, per il pagamento dei danni subiti a seguito dell'incendio che aveva distrutto il proprio deposito di articoli e arredamenti per parrucchieri.

In primo grado, il Tribunale ridusse del 10% la somma dovuta dalla Compagnia sul rilievo che la presenza nel magazzino di un grande quantitativo di acetone (circa 700 litri) e di un cavo volante per l'illuminazione avevano comportato un aumento del rischio, tale da giustificare la riduzione in tale misura dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore ai sensi dell'art. 1898 c.c., u.c. In secondo grado, la Corte appello, accogliendo parzialmente il gravame proposto dall'assicurazione, aveva ridotto del 50% la misura dell'indennizzo.

L'assicurata ricorreva dunque in Cassazione, denunciando – con il primo motivo - **il rischio di ultra petizione in relazione all'art. 1898 c.c. perché la corte di appello aveva ulteriormente ridotto l'indennizzo** dovuto dall'assicuratore, **benché l'atto d'appello della Compagnia non contenesse alcuna specifica censura in ordine alla misura della riduzione determinata dal Tribunale, ma fosse invece volto alla liberazione totale** dell'assicuratore ai sensi dell'art. 1898, comma 1 per avere la Sai sostenuto che, se avesse conosciuto il rischio al momento della conclusione del contratto, non avrebbe consentito l'assicurazione.

Secondo la prospettazione dell'assicurata, **“gli elementi di fatto da provare ed esaminare nei due casi sono diversi, poiché in un caso essi sono "quei fatti tali da escludere totalmente l'assunzione del rischio", mentre nel caso ravvisato dalla corte**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

d'appello essi sono "quei fatti che avrebbero determinato un aumento del premio d'assicurazione".

Investita di tale questione, la S.C. ha stabilito che:

“I fatti adottati dall'appellante e considerati dalla corte d'appello sono, invece, assolutamente i medesimi (presenza di un sistema volante di illuminazione di parte del locale con conseguente rischio di corto circuito innescante un incendio, considerata anche la presenza di grande quantità di liquido infiammabile): l'assicuratore assumeva che, se li avesse conosciuti, addirittura non avrebbe concluso il contratto; la corte d'appello ha invece ritenuto che il contratto sarebbe stato concluso, ma che il premio sarebbe stato raddoppiato, conseguentemente riducendo l'indennizzo della metà, in luogo del 10% determinato dal tribunale. Non è allora configurabile vizio di extrapetizione se il giudice d'appello, in applicazione dell'art. 1898 c.c., abbia solo ridotto (in misura maggiore di quanto aveva fatto il giudice di primo grado), invece che del tutto eliso, l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore, che questo in appello abbia appunto domandato; giacché tanto integra semplicemente un accoglimento parziale dell'impugnazione e, per converso, della domanda indennitaria dell'assicurato.”

La Corte del diritto chiarisce altresì che:

“Il sistema contemplato dal combinato disposto di cui al primo e all'ultimo comma dell'art. 1898 c.c., del resto, è assai chiaro: se il fatto comportante l'aggravamento del rischio e non comunicato dall'assicurato è tale che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto se lo stato delle cose fosse esistito al momento della conclusione del contratto, allora egli non risponde del sinistro; se è invece tale che egli avrebbe bensì concluso il contratto ma lo avrebbe fatto per un premio superiore, allora l'indennizzo è dovuto in misura proporzionalmente inferiore, in relazione al rapporto tra il premio stabilito e quello che sarebbe stato fissato.”

Con riguardo, alla modalità di determinazione in sede giudiziale della riduzione dell'indennizzo, la S.C., sempre nell'indicata sentenza, chiarisce la possibilità di ricorso a valutazioni equitative ex art. 1226 c.c., chiarendo che:

“La corte d'appello ha ritenuto che, nel caso di specie, la misura del materiale infiammabile usualmente depositato, la esistenza di una conduttura elettrica insicura perché non a norma, inducono a ritenere che l'assicuratrice, quand'anche avesse stipulato la polizza, avrebbe certamente raddoppiato il premio, con valutazione di fatto, evidentemente basata su massime di comune esperienza, delle quali è doveroso che il giudice faccia anche officiosamente applicazione (Cass., n. 22022/2010).”

Ebbene, anche in considerazione di ciò, ci pare sostenibile che gli assicuratori delle Strutture sanitari e dei professionisti medici, potrebbero argomentare, quale eccezione difensiva, quella secondo cui se avessero saputo, al momento della stipula delle polizze, dell'aumento della possibilità di verificazione degli eventi di danno a terzi in considerazione di una maggiore richiesta di ricovero ospedaliero o comunque di prestazioni sanitarie, avrebbero – verosimilmente – introdotto condizioni economiche diverse (premio più alto) nella stipula del contratto di assicurazione tenuto conto del maggior rischio assunto.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Ovviamente, tale profilo del contendere, sconta una precisa verifica del caso, dovendosi por mente al grado di aumento del rischio nell'ambito delle singole Strutture Sanitarie correlato ai singoli contratti di assicurazioni.

Come chiarisce la Corte Suprema la prova della scelta soggettiva che l'assicuratore avrebbe compiuto, potrà in ogni caso essere fornita anche mediante **valutazione di fatto, evidentemente basata su massime di comune esperienza, delle quali è doveroso che il giudice faccia anche officiosamente applicazione** (Cass. civ. Sez. III, Sent., 5.5.2011, n. 9915).

Ci appare, inoltre, che la **scelta processuale di richiedere una riduzione dell'indennizzo** in luogo dell'esclusione, sembrerebbe più coerente alla scelta soggettiva che effettivamente le compagnie di assicurazione avrebbero compiuto e tale comportamento ci sembrerebbe meglio **coniugato** con il requisito della **permanenza** dell'aggravamento che, nella vicenda di Covid-19 non appare così certo.

Il percorso logico-giuridico appena riassunto troverebbe sostegno giurisprudenziale nell'arresto reso dal **Tribunale di Milano, 20.1.1989**, secondo cui l'**aggravamento del rischio**, che consegue al sopraggiungere di una situazione di pericolo per l'assicurato, **non legittima l'assicuratore, di fronte alla transitorietà e temporaneità della situazione, a chiedere l'esonero da qualsiasi prestazione, ma solo la riduzione dell'indennizzo**.

Al fine di dare compiuta risposta al quesito iniziale, ossia quello relativo alle possibilità per le compagnie assicurative di far valere in giudizio specifica eccezione ruotante sull'aggravamento del rischio ex art. 1898, comma 5° c.c. come conseguenza dell'emergenza sanitaria derivata dalla pandemia, si pone il quesito se il Covid-19 e il rischio che ne è derivato, possano avere la **medesima identità ontologica e causale del rischio previsto nel contratto o se al contrario**, (l'infezione da virus) concreti **un rischio totalmente nuovo**, e come tale **non coperto dalla polizza**.

Al riguardo un'attenta dottrina ritiene che la **distinzione tra aggravamento del rischio "vecchio" ed insorgenza di uno nuovo** trova fondamento nel principio di fondo che ruota intorno all'identità ontologica e causale tra il rischio previsto dal contratto e quello insorto dopo la stipula. Sicché, solo allorquando sia possibile identificare siffatta identità potrà trovare ingresso il concetto dell' **aggravamento, altrimenti il rischio sarà da intendersi del tutto nuovo e non coperto dalla polizza assicurativa**⁵⁹

Ora, calando il concetto all'interno dei tipici contratti assicurativi per responsabilità civile stipulati dalle Strutture sanitarie, sarà necessario verificare la tenuta del principio rispetto alla formula base adoperata nei **singoli negozi giuridici**, il cui **oggetto** viene definito con la seguente proposizione:

"la società si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi è tenuto a pagare quale civilmente responsabile ai sensi di legge a titolo di risarcimento (capitale, interessi, spese) di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni personali e danni materiali a cose in conseguenza di un fatto verificatosi in relazione all'attività svolta", comprese eventualmente *"tutte le operazioni ed attività accessorie, sussidiarie e/o complementari, di qualsiasi natura e con qualsiasi mezzo*

⁵⁹ P.CEDON, Commentario al Codice Civile a cura di Paolo Cedon, Giuffrè, 2005;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

svolte, nessuna esclusa né eccettuata ovunque nell'ambito della validità territoriale della polizza”.

Tale garanzia viene estesa di solito anche alla responsabilità civile derivante all'assicurato per fatti imputabili al personale, medico e paramedico, dipendente (e talvolta non dipendente) della Struttura assicurata.

Da un punto di vista sostanziale, la garanzia copre **non qualunque danno cagionato a terzi ma solo quelli derivanti dall'attività esercitata dall'assicurato.**

Sotto tale profilo, ossia quello dell'attività esercitata, le polizze per la RC sanitaria, solitamente così prevedono: *“attività istituzionale del contraente, comprese tutte le attività esercitate per legge da contraente, ivi compresi, i provvedimenti emanati dai propri organi nonché eventuali modificazioni e/o integrazioni presenti e future”.*

Altre volte, si rinviene una formula del tipo: *“attività ospedaliera, ambulatoriale, di analisi e diagnosi, attività trasfusionali, farmacia interna, servizio di emergenza, strutture psico-sociali, attività connesse al servizio di elisoccorso”.*

Orbene, la giurisprudenza di merito intervenuta per disciplinare le fattispecie connesse al tema dell'aggravamento del rischio, ritiene che la norma di cui all'art. 1898 c.c., essendo inserita tra le disposizioni generali in materia di assicurazione, risulterebbe **applicabile nel caso in cui si versi in ipotesi di una variazione quantitativa del rischio assicurato** (tale da legittimare l'eventuale recesso dell'assicuratore dal rapporto assicurativo per **aggravamento del rischio**) e **non allorquando ci si trovi in presenza di un rischio ontologicamente diverso rispetto a quello assicurato.** (Tribunale Chieti Sent., 22.4.2009)

Ora, tenendo a mente le caratteristiche tipiche delle clausole del contratto assicurativo per la RC sanitaria, ci pare di poter sostenere che **il rischio derivante dalla pandemia sia il medesimo di quello assicurato nel contratto (la responsabilità verso terzi); e cioè, il rischio di depauperare il proprio patrimonio a seguito del risarcimento “di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni personali e danni materiali a cose in conseguenza di un fatto verificatosi in relazione all'attività svolta”.**

Con riguardo alla **riconciliabilità di tali sinistri all'attività svolta e dedotta in contratto**⁶⁰, si ritiene che l'attività di cura e assistenza dei casi Covid possa rientrare, in linea di principio, nell'ambito di una attività così descritta in polizza *“attività istituzionale del contraente, comprese tutte le attività esercitate per legge dal contraente, ivi compresi, i provvedimenti emanati dai propri organi nonché eventuali modificazioni e/o integrazioni presenti e future”.*

Saremmo dunque del parere, che con riferimento al rischio Coronavirus, appare più corretto discorrere di aggravamento del rischio ex art. 1898 c.c. piuttosto che di insorgenza di un nuovo rischio.

Forse la tematica potrebbe trovare ingresso e dunque subire una diversa interpretazione relativamente a quei presidi ospedalieri che hanno dovuto integralmente modificare il proprio sistema organizzativo interno convertendosi totalmente in Covid Hospital, sicché, per tale motivo, si potrebbe tentare di sostenere,

⁶⁰ Si ricorda, che la polizza per la R.C. non copre qualunque danno procurato a terzi, ma solo quelli derivanti dall'Attività svolta dal contraente e dedotta in contratto.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

quantomeno come prima eccezione, l'assenza di copertura assicurativa tanto che quella attività rappresenti un rischio nuovo.

Con riguardo ancora al tema centrale ora in esame, ossia in merito alla delimitazione della differenza tra aggravamento di rischio e rischio nuovo (non coperto), aiuta una giurisprudenza di merito che nell'interpretare la sentenza della Corte costituzionale (sentenza n. 188/91 la quale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, lett. b), l. 1969, n. 990 che aveva escluso dalla tutela assicurativa il coniuge e gli altri parenti e affini rispetto ai soggetti la cui responsabilità era coperta dalla polizza assicurativa) aveva precisato che tale ipotesi rientrava nella fattispecie di cui all'art. 1898 c.c. – notevole aggravamento del rischio – tanto da ridurre l'indennizzo a carico dell'assicuratore. (Tribunale Cagliari, 6 agosto 2001, negli stessi termini pure il Tribunale di Torino⁶¹).

Il principio appena speso è seguito anche da accorta dottrina, di cui in nota.⁶²

Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che

*“Con riguardo all'**aggravamento del rischio** la norma dell'art. 1898 c. c. non esige una rigida ed assoluta immutabilità della situazione di fatto esistente al tempo della conclusione del contratto di assicurazione, sicché non qualsiasi mutamento sopravvenuto nello stato delle cose obbliga l'assicurato a darne notizia all'assicuratore, ma soltanto quello che sia caratterizzato da una incidenza, sulla gravità e sull'intensità del rischio assicurativo, tale da alterare l'equilibrio tra il rischio stesso ed il premio oltre il limite della normale alea contrattuale; dalla novità della situazione venutasi a creare, nel senso che essa non sia stata prevista e non fosse, quanto meno, prevedibile dalle parti contraenti all'atto della conclusione del contratto; e dalla permanenza, o quanto meno, da una certa stabilità o persistenza della situazione sopravvenuta, restando invece privo di rilevanza ogni mutamento che sia meramente episodico e transitorio.”* (c.f.r. Cass. civ. Sez. I, 10.4.1987, n. 3563)

La pronuncia in parola fa emergere allora un principio che rappresenterebbe una vera e propria linea guida tanto da potersi allora sostenere in giudizio che la vicenda Covid per le sue enormi conseguenze mediche, organizzative ed economiche prodotte non solo non può essere considerato un mutamento episodico e transitorio ma

⁶¹ *“Non è possibile parlare di assunzione di un nuovo rischio, in quanto a norma dell'art. 1, l. n. 990/1969 il rischio assicurato è la responsabilità civile verso i terzi previsto dall'art. 2054 c. c.; l'art. 4, l. n. 990/1969, dunque, aveva nella sua formula originaria solo il compito di delimitare la nozione di terzi, nell'ambito però di un rischio già operante e dotato di copertura assicurativa; con la dichiarazione di incostituzionalità il divisorio creato dall'art. 4 è venuto a mancare, determinando in tal modo un aggravamento del rischio assicurato, con conseguenti obblighi di risarcimento a carico della società assicuratrice nei confronti dei soggetti elencati alla lettera b) dell'art. 4 stesso”* (Tribunale Torino, 30.1.1992 in *pluris online*).

⁶² Prendendo le mosse da questa sentenza, in dottrina M. HAZAN “ il rischio assicurato” in www.ridare.it, ha ricavato *“la possibilità che le norme in questione (artt. 1897 e 1898 c.c.) trovino applicazione anche a fronte di variazioni di rischio che — indipendenti dall'assicurato o dalla sua sfera di azione/controllo — siano da ricondursi al c.d. factum principis (ed in particolare alla determinazione del legislatore)”*.

La sentenza del Tribunale di Cagliari così testualmente stabilisce: *“La sentenza della Corte costituzionale in data 22 dicembre 1991 n. 188, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 4 lett. b) l. 24 dicembre 1969 n. 990, in quanto escludeva dai benefici derivanti dai contratti di assicurazione stipulati ai sensi della predetta legge, per i danni alla persona, il coniuge ed altri parenti e affini dei soggetti la cui responsabilità civile era coperta dall'assicurazione, si applica ai contratti in corso alla data della sua pubblicazione e, perciò, è causa di un notevole aggravamento del rischio. Per l'effetto, in caso di sinistro, va ridotto l'indennizzo a carico dell'assicuratore, in applicazione analogica, del disposto dell'art. 1898 comma ultimo c.c.”*

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

soprattutto non era un accadimento futuro prevedibile e valutato nel sinallagma contrattuale e nel rapporto rischio-premio.

Può dunque in chiusura ricordarsi come **sia ormai superato** il concetto del c.d. **rischio anormale** il quale **non è configurabile come una categoria autonoma**; in altre parole, la categoria del rischio anomalo non ha ragione di esistere perché ad essa non corrisponde una autonoma disciplina dal momento che l'indennizzo sarà dovuto o meno a seconda che l'evento danno sia stato causato da rischio coperto dalla polizza fatte salve le riduzioni di cui si è detto.

Non a caso, infatti, la Suprema Corte con la sentenza 4.5.1977 n. 1678 ha stabilito che in materia di **assicurazione e nel campo delle assicurazioni della responsabilità civile**, in mancanza di specifiche clausole di delimitazione del **rischio**, non si può **ritenere limitata la garanzia assicurativa ai soli sinistri che presentino carattere di normalità. Il cosiddetto rischio anormale non è infatti configurabile come categoria autonoma** rispetto alle tradizionali categorie del rischio (assicurato, inassicurabile, escluso non compreso, aggravato). Nella specie in tema di **assicurazione della responsabilità civile** la compagnia di **assicurazione aveva assunto che la circolazione di un veicolo sprovvisto di freni efficienti sostanziasse un'ipotesi di aggravamento del rischio** ed un mutamento della qualità di esso. La Corte regolatrice ha precisato che **la circolazione di un veicolo in particolari condizioni di inefficienza**, quale quella rappresentata da un sistema frenante inefficiente, **si risolve in un comportamento colposo coperto dall'assicurazione di responsabilità civile** ed ha enunciato il principio che precede. (Cass. Civ., 4.5.1977, n. 1678)⁶³

Ripercorsi così i punti cardine dei temi ora agitati, appare percorribile per le imprese assicurative, ed in presenza di determinate strategie imprenditoriali sottostanti, poter

⁶³ Negli stessi termini, pure il **Tribunale Ascoli Piceno, 22.3.2010:**

*“In tema di assicurazione, ed in particolare, nel campo della assicurazione della responsabilità civile, nella quale l'assicuratore deve tenere indenne l'assicurato di quanto costui sia tenuto a pagare a terzi in dipendenza di fatti non dolosi - e quindi nell'ambito di qualsiasi condotta colposa, quale che sia il grado di colpa - il c.d. **rischio anormale** non è configurabile come categoria autonoma rispetto alle tradizionali specie di **rischio** (assicurato, non assicurato, escluso, non compreso, aggravato), e, quindi, il **rischio** assicurativo non può essere limitato ai soli sinistri che presentino il carattere della c.d. "normalità". Di **aggravamento del rischio**, in relazione ad un uso del veicolo difforme da quanto dedotto nel contratto di assicurazione, può parlarsi, per gli effetti di cui all'art. 1898 c.c., solo ove ricorra una situazione non transitoria ed eccezionale, né ricollegabile a comportamenti in concreto assunti dall'assicurato o dal conducente di un veicolo sottoposto ad assicurazione, e dovuta a circostanze nuove ed imprevedibili, che esponga a particolari pericoli la circolazione del mezzo assicurato.”*

In dottrina, C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa – i contratti* in *Trattato di Diritto Commerciale fondato da V. Buonocore*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 299, secondo cui: *“Con riferimento all'assicurazione sulla responsabilità civile da circolazione dei veicoli (il settore nel quale maggiormente si è discusso circa la configurabilità del rischio anormale), la giurisprudenza ha negato che costituissero aggravamenti del rischio le seguenti ipotesi ancorché “anomale”: sinistro cagionato da veicolo privo di freni efficienti; sinistro cagionato da veicolo montante pneumatici notevolmente usurati; sinistro cagionato dall'apertura – sia volontaria che accidentale – di uno sportello durante la circolazione; sinistro cagionato da un conducente il quale abbia fatto segno ad un altro conducente di via libera, per immettersi in uno spazio privato, pur non essendo la via libera; ciclomotore trasportante due passeggeri oltre il conducente; danno causato da un collo caduto in marcia; sinistro causato da una persona che per l'età avanzata (settanta anni) ed il suo stato di salute (artrosi cervicale) non era in grado di condurre in modo adeguato un veicolo a motore.”*

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroassociati.com

opporre alla pretesa di garanzia in manleva, l'eccezione di aggravamento del rischio ai sensi dell'art. 1898 c.c. al fine di ottenere l'esclusione o la riduzione dell'indennizzo.

Ovviamente tale opzione difensiva causerebbe delle ricadute economiche devastanti sulle casse della Sanità pubblica considerata la portata generale del fenomeno pandemico e forse sarebbe pure mal interpretata dalla opinione pubblica con un ritorno di immagine reputazione non favorevole per la Compagnia.

Sicché, anche in un'**ottica solidaristica** oltre che di **esecuzione secondo buona fede** ex art. 1375 c.c., apparirebbe conveniente, e anche in funzione deflattiva del futuro contenzioso, una **rinegoziazione delle originarie condizioni economiche del rapporto contrattuale**, così da adeguare i contratti per la R.C. alle diverse circostanze sopraggiunte che abbiano influito sull'equilibrio economico (rischio-premio) della polizza.

In tale ambito, si segnala che il tema della **rinegoziazione del contratto** - pur non trovando una sua esplicita previsione normativa - **ha assunto**, ormai da tempo, **sempre maggior rilevanza quale strumento** per consentire di adeguare il contratto alle sopravvenienze non previste al momento della conclusione del negozio, senza così addivenire alle conseguenze estreme previste in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. (*i.e.* risoluzione del contratto).

La dottrina prima e la giurisprudenza più recente poi – ponendosi in una prospettiva d'indagine del rapporto contrattuale come proiettato nel tempo in vista della realizzazione del risultato perseguito⁶⁴ dai contraenti - hanno esaminato e, a quanto pare, **accreditato** nel sistema **la figura giuridica dell'obbligo di rinegoziazione** del contenuto del contratto al determinarsi di una sopravvenienza non prevista al momento della conclusione del negozio, fondandolo sull'equità integrativa ex art. 1374 c.c. e sulla clausola generale di buona fede ex artt. 1366 e 1375 c.c., le quali sarebbero fonte

⁶⁴ Sul tema, per un interessante approfondimento si rimanda a F. MACARIO, "Regole e Prassi della rinegoziazione al tempo della crisi" in Giust. Civ. numero 3/2014, Giuffrè, secondo cui: "**Tale prospettiva, va detto subito, non è immediatamente percepibile, ove si consideri il sistema della disciplina generale del contratto, così come delineato nel codice civile, all'insegna del modello più tradizionale, ossia contratto ad esecuzione istantanea (secondo l'archetipo della compravendita), ma anche e soprattutto per il modo in cui la disciplina generale è stata solitamente intesa dalla civilistica, che ha sempre impostato la riflessione sul contratto presupponendo la staticità della situazione giuridica, in un certo senso cristallizzata nell'accordo. Di qui, probabilmente, la tendenza di una parte della dottrina all'inclusione della fenomenologia che fa capo alla "rinegoziazione", così come della figura giuridica dell'obbligo di rinegoziare, all'interno di classificazioni tradizionali – del tipo: "ripetizione", "rinnovazione" e così via – che muovono dall'idea dell'atto e/o del negozio giuridico, dal quale discendono effetti riconducibili direttamente alla dichiarazione di volontà. È evidente, invece, che discorrere di rinegoziazione, quale vicenda della prassi esecutiva di rapporti commerciali, e ancor più dell'eventuale obbligo di rinegoziare, dal punto di vista della sua rilevanza giuridica e dunque in termini di effettività, presuppone la considerazione (non già del contratto come atto, bensì) dell'attività economica che si realizza (anche) attraverso il contratto. (...) Se si volesse tentare d'inquadrare nelle "categorie civilistiche" il tema in esame, si potrebbe dire che vi è un genus, costituito dal concetto di **revisione del contratto**, che non soltanto ha da tempo trovato ingresso nella nostra cultura giuridica, ma ha suscitato altresì l'interesse degli studiosi in chiave comparativa; all'interno del detto genus sarebbe rinvenibile la **species della rinegoziazione**, come s'è detto, oggetto di studio in contributi dottrinali recenti, così come materia di dibattiti in varie sedi e in diversi ordinamenti, ponendosi in primo luogo la questione della sua specifica rilevanza giuridica, al di là della rilevazione (va da se, empirica) di un'attività negoziale in tal senso."**

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

(non già di un nuovo obbligo contrattuale, ma) dell'obbligo di rinegoziare finalizzato a conferire effettività alla tutela relativa all'esecuzione del contratto.⁶⁵

Così il Tribunale di Roma, con sentenza del 4 luglio 2011 in pluris, ha affermato i contratti di durata continuano ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando le condizioni ed i presupposti di cui hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio rimangono immutati, precisando però che *«qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, con la conseguenza che qualora la controparte non accetti alcuna proposta di modifica, essa potrà avvalersi di quegli strumenti dell'ordinamento giuridico predisposti allo scopo di combattere gli effetti pregiudizievoli delle sopravvenienze contrattuali»*.

Ponendoci in tale prospettiva, sarebbe auspicabile che si addivenisse ad una **rinegoziazione dei** contratti per la RC stipulati tra le Compagnie e le Strutture Sanitarie, così da riequilibrare il sinallagma prevedendo un adeguamento del premio, senza dover ricorrere ai rimedi di cui all'art. 1898 c.c. In subordine la eccezione impeditiva ex art. 1898 c.c. da opporre alla domanda attorea **risarcitoria apparirebbe percorribile**.

Con riguardo, invece, alle polizze per la **R.C. professionale degli esercenti la professione sanitaria**, alcune compagnie stanno già provvedendo ad un **automatico adeguamento delle polizze, estendendo, fino al termine dell'emergenza, la copertura assicurativa anche agli eventi collegati al Covid-19** per medici e/o specializzandi che, nell'ambito dell'emergenza della pandemia, abbiano prestato attività non connesse al proprio titolo. Nello stesso senso, si ha notizia che sono in corso di applicazione prodotti assicurativi funzionali per i medici **neolaureati e per i professionisti** che rientrati in servizio temporalmente nonostante avessero raggiunto l'età pensionabile hanno svolto attività medica, rispondendo alla chiamata connessa all'emergenza Covid-19.

Tale percorso, ispirato anche a valori di solidarietà civile e sociale, appare quella da preferire, in ciò ulteriormente implementandosi e migliorandosi la reputazione aziendale.

Ovviamente in disparte tale argomento, sarebbe forse opportuno sostenere un intervento legislativo finalizzato a costituire un fondo straordinario sulla scorta di quello nato per il pagamento degli indennizzi da emotrasfusione da sangue infetto da cui siano derivati danni biologici così come previsto dalla legge n. 210/1992 rendendolo però molto più capiente rispetto a quello già disciplinato normativamente.

VI. Coronavirus ed infortuni sul lavoro: la incidenza sulle polizze assicurative.

Una ultima notazione merita di essere spesa con riguardo al contenuto del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, comma 2 art. 42 convertito nella legge 24 aprile 2020 n. 27, che

⁶⁵ In questi termini, F. MACARIO, "Regole e Prassi della rinegoziazione al tempo della crisi" in Giust. Civ. numero 3/2014, Giuffrè; c.f.r. sullo stesso tema, V. RUGGIERO "La pandemia e la sorte dei canoni di locazione commerciale, in www.ilcaso.it;

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

così dispone: *“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 infezione 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 della oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del decreto interministeriale del 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati”*.

Inail con la propria circolare resa in pari data (17.3.2020, n. 3675) ha stabilito i provvedimenti da prendere per i casi «... di Covid 19 dei lavoratori dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale e, in generale, di qualsiasi altra struttura sanitaria pubblica o privata assicurata con l’Istituto, ossia medici, infermieri e altri operatori sanitari in genere, laddove sia accertata l’origine professionale del contagio, avvenuto nell’ambiente di lavoro oppure per causa determinata dallo svolgimento dell’attività lavorativa».

Con la successiva **Circolare Inail n. 13/2020** ha dettato importanti chiarimenti sulla tutela delle malattie da Coronavirus ed ha previsto due fondamentali categorie di rischio professionale, con rilevanti effetti giuridici, sul piano probatorio, nelle azioni giudiziarie per il riconoscimento dell’infortunio sul lavoro.

La Circolare ha adottato regole per la disciplina dell’istruttoria amministrativa, con previsioni fortemente innovative, prevedendo anche una nuova e peculiare figura di infortunio *in itinere*.⁶⁶

⁶⁶ La disposizione in esame, confermando tale indirizzo, chiarisce che la tutela assicurativa Inail, spettante nei casi di contrazione di malattie infettive e parassitarie negli ambienti di lavoro e/o nell’esercizio delle attività lavorative, opera anche nei casi di infezione da nuovo coronavirus contratta in occasione di lavoro per tutti i lavoratori assicurati all’Inail.

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.

A una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l’utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all’interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc. Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari. In base alle istruzioni per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie, la tutela assicurativa si estende, infatti, anche alle ipotesi in cui l’identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica.

Ne discende che, ove l’episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può comunque presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga, l’accertamento medico-legale seguirà l’ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale.

La configurazione delle due categorie di lavoratori secondo quanto previsto in circolare ha concrete ricadute con riguardo all’onere probatorio a carico dei lavoratori relativamente alle azioni giudiziarie funzionali ad

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

Nel caso di infezioni da Coronavirus, l'Inail, sia con la circolare n.13/2020 sia con la nota del 17 marzo 2020, ha **inquadrato le affezioni** che dovessero colpire il lavoratore **come infortunio sul lavoro**, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia di malattie infettive e parassitarie per le quali la causa virulenta è equiparata alla causa violenta e delle disposizioni della Circolare 74/1995.⁶⁷

Tale inquadramento è di maggior favore per l'assicurato in quanto per queste malattie risulta complessa l'individuazione del momento specifico del contagio e di conseguenza dell'occasione di lavoro ex art. 2. T.U.

L'Inail, per non rendere troppo gravoso l'onere probatorio a carico dell'istante, ha adottato il principio di presunzione semplice d'origine, mutuato dall'art.2729 c.c., così facendo propri i fondamentali arresti della Cassazione con le sentenze nn. 8058/1991 e 3090/92.

Il concetto di infortunio sul lavoro si associa al sintagma causa violenta che rappresenta l'elemento costitutivo dell'infortunio ex art. 2 d.p.r. 1124/65 e che trova copertura legislativa nel T.U. n. 51 del 1904 ove il legislatore indicava l'evento tutelato dalla assicurazione con la formula "*l'infortunio che avvenga per causa violenta in occasione di lavoro*".

In tal modo si differenziava l'infortunio sul lavoro dalla malattia atteso che la prima

ottenere il riconoscimento dell'infortunio; ed invero, con riguardo alla prima categoria (operatori sanitari e dipendenti che abitualmente hanno un contatto con il pubblico/utenza) incomberà sull'Inail la prova rigorosa che il contagio sia avvenuto in un contesto extra-lavorativo (ad esempio dimostrando che il contagio sia avvenuto in ambito familiare).

Nel caso di lavoro appartenente alla seconda categoria, l'onere di allegazione e prova a carico dell'istante sarà più gravoso atteso che il ricorrente dovrà dare la dimostrazione di fatti e circostanze tali da far presumere che il virus sia stato contratto nell'ambiente di lavoro; occorrerà ricordare che una Ctu medico-legale non potrà sanare il difetto di allegazione e prova ex art. 2697 c.c. in cui la parte che aziona il diritto sa caduta. La circolare Inail n. 13/2020 ha poi chiarito che sono configurabili come infortunio in itinere le ipotesi in cui il contagio sia avvenuto nel tragitto casa lavoro. Profilo certamente caratterizzante, quale vera e propria novità, introdotto dalla disposizione resa dalla circolare Inail è quello che stabilisce che ai fini del riconoscimento della infezione da Covid-19 quale fattispecie di infortunio, la produzione del certificato costituisce elemento costitutivo del diritto perché solo "*a ricorrere di tale elemento assieme all'altro requisito dell'occasione di lavoro si perfeziona la fattispecie malattia/infortunio*" (circolare Inail n. 13/2020 del 3.4.2020, pag. 8-9).

Ne deriva che sia il certificato medico che la documentazione strumentale allegata assumono valenza di elemento costitutivo del diritto assicurato; nel contempo però ed in un'ottica di *favor* per il dipendente danneggiato, la circolare prevede che in caso di documentazione insufficiente l'Istituto è tenuto a farsi parte diligente nella tempestiva acquisizione della documentazione attestante la conferma diagnostica del contagio.

La causa virulenta della infezione è dunque equiparata alla causa violenta tipica della fattispecie dell'infortunio atteso che l'azione lesiva insita della virulenza dell'agente costituisce di per sé causa violenta.

Si è dunque riconosciuto che l'infezione da Covid-19 ha peculiari caratteristiche proprie e ciò, non tanto e non solo per l'attività virulenta dell'agente patogeno ma proprio per il contesto pandemico e generalissimo nel quale il contagio si è diffuso.

È ovvio che combinare le disposizioni contenuto nel Decreto Cura Italia art. 42, comma 2, con le circolari Inail apre spazio a potenziali profili di responsabilità anche penale per il datore di lavoro che non abbia adottato le misure necessarie a prevenire il rischio contagio con reati che possono arrivare a contemplare anche l'omicidio colposo. Occorrerà allora da parte dei datori di lavoro pubblici e privati porre al centro dell'attenzione generale i protocolli di sicurezza, gli obblighi di informazione, le modalità di accesso alle sedi di lavoro e comunque tutte le precauzioni igieniche personali e i dispositivi di protezione individuale.

⁶⁷ v. Linee guida per la trattazione di malattie infettive e parassitarie.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

veniva identificata da accadimenti connessi al rischio lavorativo dovuti a causa accidentale, esterna, verificatasi rapidamente e non traumaticamente; la malattia al contrario era proveniente da cause patologiche ad azione lenta e progressiva.⁶⁸

Sia il decreto legge, sia la circolare dell'INAIL qualificano l'infezione da Covid-19 come **“infortunio professionale”** e non come **“malattia professionale”** e questo evidentemente rende necessario chiedersi se una tale definizione possa essere estesa anche ai contratti privati di polizza infortuni, che pure nel nostro Paese risultano fortemente diffusi.

Andrà tenuto a mente che nell'ambito della contrattualistica assicurativa che si occupa della salute dell'assicurato le fattispecie analoghe a quella da coronavirus (influenze, morbillo, ecc.) sono inserite nella tutela **“malattia”** e non nella tutela **“infortuni”** visto che per definizione contrattuale con il termine **“malattia”** si intende **“ogni alterazione dello stato di salute non dipendente da infortunio”**.

Pure andrà tenuto a mente che la circolare Inail ha ritenuto di poter derogare alle regole generali che caratterizzano l'iter accertativo degli infortuni propriamente detti e ciò relativamente alla circostanza del contagio.

Il documento testualmente chiarisce che: *«... In base alle istruzioni per la trattazione delle malattie infettive e parassitarie la tutela assicurativa si estende anche*

⁶⁸ L'**infortunio** dà al lavoratore il diritto alla **conservazione del posto di lavoro** per tutto il periodo di comportamento, ma non solo. Il dipendente, anche durante l'assenza per infortunio, percepisce comunque un **trattamento economico** che per i primi tre giorni è posto a carico del datore di lavoro e successivamente, in presenza dei requisiti di legge, è a carico dell'INAIL.

Il periodo in cui il lavoratore è assente dal lavoro, infine, anche in caso di infortunio viene computato a tutti gli effetti nell'**anzianità di servizio**.

La **malattia**, più nel dettaglio, è rappresentata da uno stato morboso, determinato da una patologia, che impedisce di eseguire la prestazione lavorativa. Durante il periodo di malattia il lavoratore **non può essere licenziato**, se non una volta che sia decorso un determinato arco temporale, disciplinato generalmente dalla contrattazione collettiva e denominato **periodo di comportamento**.

Esso varia da una categoria professionale a un'altra, sia nell'ammontare che nella durata. Peraltro, anche una volta che sia decorso il periodo di comportamento, il datore di lavoro può **recedere dal contratto solo previa manifestazione espressa di una volontà** orientata in tal senso. Resta tuttavia ferma la possibilità di recedere per cause indipendenti dalla malattia in senso stretto: durante il periodo di sospensione del rapporto di lavoro, infatti, il lavoratore continua ad essere **gravato dei suoi obblighi nei confronti del datore di lavoro** non strettamente connessi allo svolgimento della prestazione lavorativa, come quello di fedeltà. Il **periodo di comportamento** può essere **secco o per sommatoria**: nel primo caso si riferisce ad un'unica malattia continuativa, nel secondo caso a più eventi morbosi concentrati in un determinato arco temporale. Non sempre la contrattazione collettiva prevede il comportamento per sommatoria: in tal caso, in ipotesi di contenzioso, si fa ricorso all'equità (ad esempio legittimando un recesso per superamento del periodo di comportamento quando nell'arco temporale di vigenza del contratto collettivo, a causa di più eventi morbosi, il rapporto di lavoro resta sospeso per un periodo superiore a quello fissato per il comportamento secco). Durante la sospensione del rapporto di lavoro per malattia, inoltre, il lavoratore ha diritto a ricevere comunque un **trattamento economico**, che è carico del datore di lavoro sin dal primo giorno per gli impiegati, mentre per gli operai è a carico dell'Inps e non copre i primi tre giorni di malattia. La durata e l'entità di tale trattamento, tuttavia, sono stabilite dalla contrattazione collettiva, che spesso copre il cd. **periodo di carenza**, ponendo a carico dei datori di lavoro l'obbligo di corrispondere la relativa retribuzione. Il periodo di assenza del lavoratore per malattia, infine, è computato a tutti gli effetti nell'**anzianità di servizio**.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

alle ipotesi in cui l'identificazione delle cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica. Ne discende che, ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia percepito o non possa essere provato dal lavoratore, si può comunque presumere che lo stesso si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro indizio che in tal senso deponga».

La *ratio* dell'intervento normativo è allora quello di estendere la tutela previdenziale in favore del lavoratore fino ad adottare un criterio di mera presunzione nell'identificare un evento (in questo caso il semplice contatto, spesso solo aereo e nemmeno fisico) che è posto alla base della copertura assicurativa, cosa che non è invece prevista per la polizza infortuni privata la quale, si basa in prima battuta sulla necessaria identificazione dello specifico evento, dovendosi pure provvedere ad individuare il momento in cui l'infortunio si è prodotto, procedendosi alla analisi dei suoi requisiti ed alla sua efficienza causale a generare «*lesioni fisiche obiettivamente constatabili*».

Tenuto conto di ciò occorre ora chiedersi se la definizione di infortunio da Covid esteso in tale accezione dalla normativa di favore Inail, funzionale - come abbiamo visto - ad assicurare una maggiore tutela assicurativa in favore del lavoratore sanitario, possa trovare identica applicazione allo interno dei contratti di assicurazione privati; è evidente invero che tale aspetto rivestirà importanza determinante con riguardo a quelle fattispecie in cui medici infettati o gli eredi di operatori sanitari deceduti a seguito della pandemia decidano di richiedere il pagamento dell'indennizzo all'assicuratore privato.

Ci si chiede insomma se l'equiparazione normativa del Covid 19 ad un infortunio rimane concetto circoscritto all'ambito Inail oppure se esso, in una sorta di meccanismo automatico, si possa espandere come principio generale (anche) ad altre fattispecie.

Ovviamente il problema non sorge con riguardo a quelle polizze assicurative che prevedono all'interno del loro oggetto anche il rischio infezione virulenta soprattutto tenuto conto che non si tratta di assicurazioni obbligatorie.

Problema più complicato è stabilire cosa fare allorché la polizza non disciplini in maniera espressa la esclusione per infortunio virulento (cui abbiamo detto è estensibile secondo le previsioni normative Inail il Covid 19).

Generalmente la clausola contrattuale tipica è così confezionata: sono coperti “*gli eventi dovuti a causa fortuita, violenta ed esterna, che provocano lesioni corporali oggettivamente constatabili e che abbiano come conseguenza la morte, una invalidità permanente oppure una inabilità temporanea*”.

Nella stragrande maggioranza delle polizze viene previsto però ai fini della individuazione della sussistenza dell'infortunio indennizzabile per potersi ottenere la tutela “infortunio”, l'evento deve avere precisi requisiti di esteriorità, fortuità e violenza e deve essere ben identificabile nel tempo e nel luogo, tanto che, le previsioni negoziali del contratto, “obbligano” l'assicurato a denunciare tale evento entro un termine ben preciso (solitamente tre giorni) dal suo verificarsi.

Nella vicenda Covid, fatta salva la presunzione di infortunio secondo il nuovo quadro normativo Inail, mancherebbe (ai fini della disciplina contrattuale contenuta nella polizza privata) il rispetto dei requisiti di accertamento dell'infortunio atteso che, secondo lo schema della polizza privata non sarebbe possibile identificare in via

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

presuntiva il momento, il luogo, e le modalità del contatto con il virus, circostanze queste che vanno provate sempre dall'assicurato.

Ulteriore argomento che depone per una esclusione circa l'automatica estensione della definizione Inail della infezione Covid alle fattispecie assicurative private pure trova linfa interpretativa nel diverso livello in cui opera la tutela Inail rispetto a quella privata tipica di una polizza per infortuni; invero, nella prima interviene il principio di causalità il quale ammette il pagamento dell'indennizzo anche per eventi caratterizzati da una pluralità di concause, (*i.e.* decesso avvenuto per coronavirus su preesistente patologia diabetica o di insufficienza cardiaca) nel mentre la clausola contrattuale della polizza privata che definisce i criteri di indennizzabilità ammette solo il diritto all'indennizzo come conseguenza diretta immediata ed esclusiva del virus Covid 19, indipendentemente dal maggior pregiudizio che possano comportare alterazioni patologiche preesistenti o sopravvenute, consentendosi il pagamento dell'indennizzo solo in favore di un soggetto che fosse in precedenza "integro e sano".

E tale concetto incide fortemente sul nesso di causa differentemente valutato nelle due diverse fattispecie, soprattutto tenendosi a mente che le morti da pandemia sono state, come parrebbe, causate dalla presenza di patologie preesistenti che hanno rappresentato le concause su cui si è innestato il virus mortale.

Fermi tali percorsi interpretativi e qualora si ritenesse invece che il Covid fosse da qualificare come infortunio sul lavoro con una accezione definitoria ed accertativa semplificata anche in un ambito diverso da quello Inail, (*i.e.* il contratto di assicurazione privata), probabilmente ed in quest'ambito si potrebbe opporre l'aggravamento del rischio ex art. 1898 c.c. con la conseguente applicazione dei rimedi ivi previsti (esclusione o riduzione dell'indennizzo).

Si potrebbe sostenere in altre parole che la previsione normativa "Inail" non esistente al momento della stipula della polizza privata abbia influito sul sinallagma alterandone l'equilibrio e causando la nuova disposizione normativa un obbligo indennitario quasi automatico che prima non era stato previsto, ponderato e dunque accettato.

A commento finale di questa nota, nonostante tutto non sono da nascondere i rischi di fraintendimento che la norma del decreto 18/2020 e la circolare dell'INAIL potrebbero generare nella gestione dei casi di malattia da Covid-19 (da non confondere con il semplice contagio che molto spesso non determina alcuna "lesione corporale obiettivamente constatabile") denunciati su polizza infortuni.

Al di là, però, dell'inevitabile impatto emotivo che una tale tragedia sta suscitando, se si derogasse alle norme del contratto solo perché l'INAIL⁶⁹ ha considerato le malattie e le morti attribuibili ad un contagio da coronavirus come infortunio e non come malattia, si aprirebbe una "falla" che estenderebbe la tutela della polizza infortuni a tutte le malattie infettive (tubercolosi, meningite, morbillo, epatiti... ecc.) che a tutti gli effetti, per rimanere nel gergo assicurativo, sono da considerare malattia (che pure possono essere oggetto di specifiche coperture sia per la morte, sia per la

⁶⁹ Si ricorda che le finalità di tutela Inail sono ben diverse da quelle di un contratto di polizza infortuni, volte a tutelare il più possibile il lavoratore da ogni evento morboso che possa contrarre in occasione e a causa di lavoro.

VINCENZO RUGGIERO E ASSOCIATI

AVVOCATI

PIAZZA UNITÀ D' ITALIA ,4
TEL. 0818724209 – 08119818137 – FAX 08119314189
80053 CASTELLAMMARE DI STABIA NA

VIA MIGUEL CERVANTES DE SAAVEDRA, 55.5/A
TEL. 0815526259 - 0815526156
80133 NAPOLI

www.avvocatovincenzoruggieroeassociati.com

invalidità permanente, sia ancora per garanzie temporanee) e non infortuni.

E se l'intento del mercato assicurativo fosse quello di voler invece estendere la tutela offerta dalla polizza infortuni anche alle conseguenze di questa pandemia, sarebbe allora necessario creare una estensione ad hoc, specifica, che operi per queste forme morbose, ma non consenta, in seguito, di aprire la polizza a tutte le altre malattie infettive. Del resto, con inconsueta tempestività, collocando le infezioni da corona virus – anche quelle che non determinano malattie significative, ma solo un contagio che obbliga alla restrizione della cosiddetta quarantena – nell'ambito della tutela da malattia, già oggi vi sono imprese che queste specifiche coperture le hanno proposte al mercato, anche se al momento solo nelle coperture collettive.

Napoli, 6 maggio 2020

Avv. Vincenzo Ruggiero

Avv. Corinna Della Monica

Copyright – ogni diritto riservato