

CORONAVIRUS E RESPONSABILITÀ SANITARIA: QUALI PROSPETTIVE DI RIFORMA

DI MARCO CAPECCHI

L'epidemia dovuta al Covid-19 costituisce notoriamente una emergenza che ha messo a dura prova i sistemi sanitari pubblici e privati di molte nazioni, compresa l'Italia.

La facilità e quindi rapidità del contagio e la necessità di ricorrere a terapie intensiva per i casi più gravi ha in breve tempo esaurito i posti letto disponibili in tutte le zone colpite, dando luogo ad una sorta di gara a distanza per la costruzione di nuove strutture ospedaliere. Ciò, purtroppo, non è bastato ad impedire un impressionante numero di decessi.

E'noto come, in Italia, l'infelice esito di un trattamento sanitario dia spesso luogo ad un procedimento giudiziario. Non stupisce, quindi, che un così alto numero di decessi abbia suscitato l'interesse di quei professionisti che fanno dell'assistenza alle vittime della malasanità l'oggetto della propria attività professionale, spesso avvalendosi di aggressive strategie di marketing. Tuttavia, in questo periodo storico, è maturato un forte senso di riconoscenza dell'opinione pubblica verso il personale sanitario e sociosanitario, il cui comportamento viene spesso indicato come eroico e ciò ha indotto prima alcuni Consigli dell'Ordine degli Avvocati e poi addirittura lo stesso Consiglio Nazionale Forense a stigmatizzare apertamente il comportamento di coloro che già si erano attrezzati per cercare di accaparrarsi le azioni giudiziarie contro i medici¹

In questo contesto, le associazioni di categoria del personale e delle strutture operanti in questo campo si sono attivate chiedendo alla classe politica di introdurre un provvedimento che, esentando gli operatori del comparto dalle responsabilità civili e penali, potesse garantire a tutti di operare con maggior serenità in un periodo già così critico.

Ecco, quindi, che, tra gli emendamenti proposti al c.d. decreto "Cura Italia", n. 18 del 17 marzo 2020, ve ne sono diversi che propongono modifiche alla disciplina ordinaria della responsabilità civile per gli illeciti commessi durante il periodo dell'emergenza.

ESAME DEGLI EMENDAMENTI PRESENTATI AL DECRETO "CURA ITALIA"

Scorrendo la lista degli emendamenti al decreto "Cura Italia" depositati alla data del 6.4. 2020 consultabile all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/350698.pdf>, è possibile

¹ Delibera del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Bari 30.3.2020 con cui l'A.G.C.M. è stata invitata a verificare se il comportamento di una società di infortunistica integrasse la violazione delle norme e dei principi in tema di concorrenza e di mercato, adottando i conseguenziali provvedimenti del caso.

In data 2 aprile 2020 il Consiglio Nazionale Forense ha invitato i Consigli dell'Ordine e i consigli di Disciplina a vigilare su comportamenti indegni che potrebbero ledere il decoro e la dignità della classe forense, censurando "(...) i comportamenti di quei pochi avvocati che intendono speculare sul dolore e le difficoltà altrui, nel difficile momento che vive il nostro Paese e la nostra Comunità (...)"

rinvenirne diversi specificamente mirati ad introdurre modifiche alle responsabilità connesse alla gestione dell'emergenza Covid19.

Seguendo l'ordine del documento, il primo emendamento rinvenibile in identica formulazione ai numeri 1.1. e 1.2 è quello presentato dagli esponenti della Lega, il quale prevede l'introduzione della seguente disposizione

«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.».

L'emendamento mira ad esentare da responsabilità (civile, penale, amministrativa e contabile) non tanto il personale sanitario e sociosanitario quanto i suoi “datori di lavoro” per i danni allo stesso personale e ai terzi.

Tuttavia, prevede che di tali danni debba comunque farsi carico l'ente di appartenenza del soggetto operante.

Significato e portata di tale disposizione non sono di immediata comprensibilità: poiché normalmente il personale sanitario ha come proprio “datore di lavoro” una struttura, sarebbe stato logico pensare ad una disposizione che prevedesse la limitazione di responsabilità delle strutture sanitarie (limitazione che, tuttavia, non è prevista). Deve quindi ritenersi che tale emendamento miri a far venir meno solo le responsabilità individuali dei dirigenti delle strutture, lasciando sussistere integralmente l'obbligo risarcitorio in capo alle strutture sanitarie pubbliche e private (e alle relative assicurazioni).

Continuando nella lettura degli emendamenti depositati, si può esaminare quello proposto dagli esponenti di area democratica, numerato 1.0.4 e successivamente anche 16.2

«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)

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 sociosanitarie 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.

3. Fermo quanto previsto dall'articolo 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2.».

Tale disposizione mira evidentemente ad introdurre una generalizzata esenzione da responsabilità per tutti gli eventi avvenuti nel periodo dell'emergenza covid19, causati indifferentemente da strutture o da esercenti le professioni sanitarie. La responsabilità potrebbe sussistere in alcune ipotesi (che parrebbero tassative) rappresentate dal dolo o dalla colpa grave.

La seconda, inoltre, viene ulteriormente limitata in due modi. Innanzitutto, viene definita come “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”, in tal modo circoscrivendo il novero delle situazioni che possono essere fatte rientrare nel suo ambito.

In secondo luogo, vengono indicati ulteriori indici da valutare in fase di accertamento della sussistenza della colpa, stabilendo al comma secondo: “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”.

Simmetrica limitazione di responsabilità alla sola colpa grave viene prevista in sede penale.

Va evidenziato come tale disposizione, evidentemente ispirata dal desiderio di contenere la responsabilità degli operatori, estenda i propri effetti *anche* alle strutture, con la conseguenza di comprimere il diritto al risarcimento del danno spettante ai pazienti eventualmente danneggiati. Profilo chesuscita qualche dubbio di costituzionalità, in quanto finisce col risolversi in una compressione alla risarcibilità di possibili lesioni del diritto alla salute.

Ulteriore emendamento è stato proposto dagli esponenti del Movimento cinque stelle e distinto con il numero 13.0.1. prevede l'introduzione del seguente articolo

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

1. Gli esercenti le professioni sanitarie possono avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento, in deroga ai limiti di reddito previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nei casi di procedimenti giudiziari proposti nei loro confronti per 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.

2. Per i soli procedimenti giudiziari e stragiudiziari relativi ai fatti di cui al comma 1, 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 dell'esercente la professione sanitaria. Non si applica l'ultimo periodo del comma 6 del medesimo articolo.

3. 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.

4. Sono sospesi altresì per il medesimo periodo di cui al comma 3 tutti i procedimenti disciplinari pendenti alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente a tale data, presso le commissioni di albo di cui all'articolo 2 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233e presso la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie. Per il medesimo periodo, è sospeso il decorso dei

termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, incluso quello relativo all'articolo 19 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233. 5. Agli oneri derivanti dal presente articolo pari a 5 milioni di euro per l'anno 2020 si provvede mediante il corrispondente riduzione del Fondo per lo sviluppo e la coesione di cui all'articolo 61, comma 1, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.».

Tale proposta mira a supportare il personale sanitario nella pluralità di azioni giudiziarie di cui si immagina la proposizione, mediante la difesa a spese dello Stato in deroga ai limiti di reddito per il gratuito patrocinio, limitando la responsabilità ai soli illeciti commessi con dolo; ma senza prevedere alcuna limitazione di responsabilità delle strutture sulle quali graverebbe per intero il costo dei sinistri secondo la disciplina attuale.

Un ulteriore emendamento è stato proposto, individualmente, dal Senatore Mallegni e numerato 13.2, questo il testo:

«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, l'esercente una professione sanitaria o il soggetto abilitato a norma dell'articolo 102 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, non è punibile per i reati di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale 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.

Nei casi contemplati dal precedente periodo, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, in deroga a quanto previsto dall'articolo 590-sexies, secondo comma, del codice penale, la punibilità è sempre esclusa».

Tale proposta pare piuttosto “parziale” in quanto mira ad esentare il personale sanitario dalla sola responsabilità penale senza nulla prevedere per la responsabilità civile sia del sanitario che della struttura, con la conseguenza che tutto il personale, pur esentato in sede penale, rimarrebbe comunque sottoposto all’azione civile (di natura extracontrattuale per i dipendenti e di natura contrattuale quando vi sia un rapporto diretto tra sanitario e paziente) prevista dalle regole oggi in vigore.

OSSERVAZIONI

Le diverse proposte esaminate sono accomunate dalla finalità di introdurre, con diversi accenti, limitazioni all’attuale disciplina della responsabilità civile e/o penale in relazione a sinistri occorsi nel periodo di emergenza da coronavirus.

Può essere quindi opportuno esaminare brevemente quali possano essere gli scenari destinati ad aprirsi in sede giudiziaria per capire meglio dove vi sia maggiore necessità di intervenire.

Sappiamo che la c.d. Legge Gelli ha mirato a limitare la responsabilità del personale sanitario operante all’interno delle strutture, prevedendo che l’azione nei suoi confronti debba avere natura extracontrattuale. Si è venuto così a creare (o, meglio, è stato ripristinato) il c.d. doppio binario consistente nell’azione contrattuale verso la struttura, ma aquiliana verso il personale che vi opera. Ciò ha determinato la diminuzione delle azioni dirette verso il personale, il quale potrà poi essere chiamato a rispondere dalla struttura in sede di rivalsa o regresso per i casi di dolo o colpa grave. In tal modo, il personale sanitario operante all’interno di una struttura senza un rapporto contrattuale con il paziente (quindi la maggior parte) finisce per rispondere solo dei danni commessi con colpa grave. E’ bene sottolineare come la limitazione di responsabilità statale solo di fatto, in quanto l’azione diretta a titolo extracontrattuale del danneggiato verso il medico potrebbe avere ad oggetto anche casi di colpa lieve.

Da quanto si apprende dalle notizie di stampa, le potenziali responsabilità, che potrebbero essere fatte valere dai danneggiati da Covid19, sono principalmente indirizzabili verso le strutture anziché verso i sanitari. Si possono ipotizzare azioni risarcitorie dirette a far valere il diffondersi dell’infezione (e, tradizionalmente, le responsabilità da ICA vengono imputate alle strutture) e/o da carente organizzazione *sub specie* di indisponibilità di posti letto, dispositivi di protezione individuale farmaci e altri presidi.

Difficile, almeno allo stato, ipotizzare errori da parte di sanitari nel trattamento del Covid19, atteso che a oggi non paiono ancora essere state individuate terapie efficaci. E' inoltre ipotizzabile che vi siano stati errori commessi da personale con formazione ed esperienza insufficiente, ma, comunque, immesso in servizio proprio per la situazione di emergenza.

Inoltre, è agevole prevedere che, nell'ambito di un sistema sanitario posto sotto stress, possano essersi verificati sinistri non riguardanti pazienti affetti da coronavirus, ma dipendenti da ragioni solo indirettamente riconducibili alla situazione venutasi a creare: carenza di organico, di farmaci e materiali di vario genere, stanchezza, etc. etc.

Rispetto a tali scenari è certamente opportuno circoscrivere la responsabilità civile e penale del personale sanitario ai soli casi di colpa grave, la cui sussistenza dovrà, ovviamente, valutarsi con la massima concretezza in relazione alle circostanze in cui il sanitario si è trovato a dover operare. L'assenza di siffatta limitazione potrebbe indurre il personale ad un atteggiamento autodifensivo, rappresentato dal rifiuto di operare in condizioni non ottimali o di trascorrere più tempo a documentare le circostanze di fatto anziché a curare i pazienti, il che sarebbe quantomeno inopportuno.

Più delicata è, invece, la decisione circa l'opportunità di circoscrivere anche la responsabilità delle strutture che, nell'assetto derivante dalla legge Gelli, sono diventate il bersaglio prediletto delle azioni risarcitorie di natura contrattuale.

Contro la limitazione, potrebbero porsi – lo si è detto – questioni di costituzionalità, perché comprimere tanto la responsabilità del medico quanto quella della struttura comporterebbe un sostanziale sacrificio della pretesa risarcitoria dei pazienti, con la conseguenza che, a quelli che abbiano subito violazioni del diritto alla salute durante l'emergenza coronavirus, verrebbe precluso il rimedio risarcitorio. Peraltra, la possibile dichiarazione di incostituzionalità avverrebbe in futuro, quando ormai (si spera) l'emergenza sarà passata, e potrebbe avere effetti nefasti facendo cadere la limitazione di responsabilità di medici e/o strutture e rendendo nuovamente applicabile la disciplina ordinaria. In siffatto futuro scenario, superata la fase emergenziale nella quale tutte le forze politiche sembrano concordare sulla necessità di dare pronta soluzione al problema (e, quindi, ci sono buone chances di intervento legislativo), si ritornerebbe alla usuale difficoltà di legiferare in tema di responsabilità sanitaria che ha portato, prima, ad una legge sostanzialmente disapplicata (Balduzzi) e, poi, ad una legge che è stata efficacemente definita "focomelica" per l'incapacità di dotarla dei necessari arti rappresentati dai decreti delegati. Per scongiurare tale pericolo, quindi, sarebbe opportuno adottare, subito, una soluzione per quanto possibile priva di rischi di incostituzionalità.

D'altro canto, non contenere la responsabilità delle strutture significa, verosimilmente, obbligarle a farsi carico dei costi, da presumere molto alti, di errori e contagi che si sono verificati in una situazione di assoluta emergenza. E' noto che l'art. 10 della legge Gelli ha loro imposto l'obbligo di assicurarsi o di dotarsi di "analoghe misure" ed è quindi sulle compagnie di assicurazione che potrebbe scaricarsi in definitiva l'onere risarcitorio. Tuttavia è noto anche come le polizze diffuse nel settore siano perlopiù del tipo "claims made", per l'effetto le compagnie che hanno stipulato le polizze attualmente in vigore possono essere chiamate a rispondere solo dei sinistri per i quali venga effettuata denuncia entro il termine della loro validità. Per le domande risarcitorie che dovessero essere formulate dopo la scadenza, la copertura assicurativa dovrà essere garantita dalle polizze che verranno stipulate in futuro, ed è questo un tema che gli emendamenti proposti sembrano trascurare: è assolutamente verosimile che l'offerta di polizze assicurative per le strutture sanitarie vedrà una ulteriore contrazione, accompagnata da un sostanzioso aumento dei premi o, ancor peggio, saranno previste esclusioni di copertura per tutti i danni derivanti

dall’epidemia in corso. Il rischio, quindi, è quello di far gravare il peso dei sinistri sulle strutture le quali poi si vedrebbero impossibilitate a farsi manlevare dalle relative compagnie di assicurazione, con la verosimile prospettiva di un dilagare delle procedure concorsuali.

Se, dunque, dovrà essere il dibattito politico a valutare l’opportunità di limitare la responsabilità di medici e strutture, è opportuno che tale decisione non prescinda da un’attenta analisi delle polizze assicurative attualmente diffuse nel settore e dalla possibilità che la logica *claims made* offre alle compagnie di rifiutare la copertura del rischio a partire dallo scadere delle polizze attualmente in essere, mettendo seriamente a repentaglio il futuro dell’intero comparto della sanità privata.

Meriterebbe forse di essere meglio valutata la possibilità di istituire un fondo che possa risarcire le vittime di questa epidemia (ovviamente nel caso sussistano profili di responsabilità da parte dei sanitari), senza alterare i delicati equilibri economici sottostanti ai rapporti tra sanità privata, pubblica e mondo assicurativo. Tale fondo, ovviamente, non dovrebbe costituire un “colpo di spugna” sulle tutte le eventuali responsabilità per i fatti di questa vicenda perché ciò significherebbe premiare coloro che hanno tenuto comportamenti manifestamente errati a danno di coloro che, pur nella difficoltà sono comunque riusciti ad operare correttamente. Si potrebbe, quindi, contemperare i diversi interessi prevedendo di limitare la responsabilità direttamente dei sanitari ai soli sinistri dolosie consentendo la rivalsa/surrogata parte del predetto fondo nei confronti del personale e delle strutture per i soli sinistri dovuti a colpa grave, da intendersi nell’accezione precisata nell’emendamento 1.0.4 sopra riportato.