

IL RUOLO DELL'ART. 2236 C.C.
NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA PER DANNI DA COVID-19

di Mirko Faccioli

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

1. Introduzione

Di principio, le ipotesi di responsabilità civile astrattamente ipotizzabili nella cura dei malati di Covid-19 non differiscono da quelle nelle quali possono generalmente incorrere i medici impegnati a contrastare una qualsiasi patologia infettiva: un errore diagnostico, configurabile per non avere correttamente e tempestivamente individuato il virus sulla base del quadro clinico del paziente; un errore terapeutico, relativo quindi all'esecuzione dei trattamenti finalizzati a guarire il malato; un errore o un'omissione attinenti al contenimento del virus, vale a dire all'adozione delle misure precauzionali (isolamento del paziente, sanificazione ambientale, disinfezione degli strumenti medici riutilizzabili, utilizzo di camici, mascherine e occhiali protettivi, ecc.) atte ad evitare che lo stesso si diffonda contagiando altre persone.

L'attuale emergenza epidemica impone però di confrontarsi con diversi elementi di criticità: il virus SARS-CoV-2 e la patologia Covid-19 sono tanto facili a diffondersi quanto (ancora) poco conosciuti dalla scienza medica; l'enorme e improvvisa quantità di malati affetti dal morbo si è rivelata molto superiore rispetto alla disponibilità delle risorse necessarie ad affrontarlo, dai c.d. d.p.i. (dispositivi di protezione individuale) agli apparecchi di ventilazione forzata ai posti di terapia intensiva; per affrontare tale emergenza si è dovuto fare massiccio ricorso, in supporto di infettivologi e rianimatori-intensivisti, a medici appartenenti ad altre specializzazioni, che si sono così trovati ad operare al di fuori degli ambiti di propria competenza e per giunta senza copertura assicurativa.

Tale drammatico quadro, a tutti ben noto, ha pertanto suscitato in molti degli addetti ai lavori la preoccupazione che ne possa conseguire un'eccessiva e ingiustificata esposizione giudiziaria per il personale sanitario¹, tanto che in vista della conversione in legge del provvedimento erano state presentate diverse proposte di emendamento al decreto "Cura Italia" (d.l. 17 marzo 2020, n. 18) che miravano a scongiurare tale rischio tramite l'introduzione di norme dirette ad escludere o quantomeno limitare la responsabilità medica per eventi avversi alla salute dei pazienti occasionati dal Covid-19². Con il successivo ritiro di tali emendamenti la questione è rimasta in sospeso, sicché occorre confrontarsi con la diversa opinione di quanti ritengono che l'ordinamento sia già attrezzato per evitare simili eccessi e che

¹ Com'è facile immaginare, questa è la posizione – del tutto comprensibilmente – assunta dalle associazioni di categoria dei medici e degli altri operatori della salute.

² Li ha esaminati M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *rivistaresponsabilitamedica.it*.

un'eventuale disciplina della materia, non potendo che avere un valore ricognitivo del diritto vigente, potrebbe al più giustificarsi solamente sul piano dell'opportunità politica³.

Nella disamina di tale questione è doveroso porre l'attenzione sulla possibilità di applicare ai casi considerati l'art. 2236 c.c., il quale prevede una limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave per il prestatore d'opera professionale che si sia trovato ad affrontare «problemi tecnici di speciale difficoltà» nell'esecuzione della prestazione⁴.

2. L'art. 2236 c.c. nella responsabilità medica

Vale la pena osservare che, al contrario di quanto si potrebbe a prima vista pensare, la norma testé richiamata non contempla alcun trattamento di favore per il professionista rispetto alle regole generali, in quanto, imponendo di valutare la colpa alla luce della particolare difficoltà della prestazione, e cioè delle circostanze del caso concreto, costituisce una esemplificazione della generica ed elastica nozione della diligenza professionale contenuta nell'art. 1176, 2° co., c.c. Ciononostante la norma non appare inutile ed è sorretta da una condivisibile *ratio*, illustrata nel n. 917 della *Relazione al codice*, che consiste nell'obiettivo di conciliare «due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiustificate rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» stesso.

Proprio alla luce del suo fondamento l'art. 2236 c.c. è generalmente considerato applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale, inquadramento della responsabilità del medico che come noto oggi costituisce la “regola” in virtù dell'art. 7, 3° co., della c.d. Legge Gelli-Bianco (l. n. 24/2017). Secondo una consolidata impostazione, la condotta esigibile dal medico quale soggetto esercente una professione protetta va, infatti, sempre valutata alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176, 2° co. e 2236 c.c., queste ultime designando un modello di comportamento che, essendo ricollegato all'appartenenza a un determinato *status* professionale, non è destinato a cambiare in ragione del fatto che egli svolga o meno il proprio operato in virtù della stipulazione di un contratto d'opera intellettuale con il paziente⁵.

Sul piano della fattispecie, invece, la norma in esame è da sempre fatta oggetto di un'interpretazione particolarmente restrittiva da parte della giurisprudenza: da un lato, la sua portata applicativa viene limitata all'aspetto della perizia del medico, lasciando fuori dal suo ambito di riferimento i profili della diligenza e

³ E. DEL PRATO, *Il post Covid-19 e la responsabilità dei medici*, in *formiche.net*; E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *questionegiustizia.it*, 10 aprile 2020.

⁴ Per una più ampia analisi della norma rispetto a quanto si avrà modo di dire in questo contributo si rinvia a M. FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da M. Franzoni, Bologna, 2011, p. 61 ss.

⁵ Fra i tanti v., anche per ulteriori citazioni in tal senso, A. FIORI - D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2006, p. 173; R. DE MATTEIS, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 561. Questa impostazione è coerente, del resto, con il più generale principio dell'unitarietà della colpa civile, che risolvendosi in una valutazione del comportamento concretamente tenuto dal soggetto agente alla luce di un parametro oggettivo costituito da un modello di condotta richiesto dall'ordinamento al fine di evitare la lesione di interessi altrui, nell'area aquiliana non può che essere ricostruita, stante la mancanza di specifiche disposizioni sul punto, secondo gli stessi criteri dettati dalla legge nell'ambito della responsabilità per inadempimento: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 577 ss.

della prudenza⁶; dall'altro lato, i nostri giudici ritengono che il caso affidato al medico possa veramente considerarsi di particolare difficoltà solo quando esso richieda un impegno intellettuale e una preparazione professionale superiori a quelli del professionista medio, il che dovrebbe intendersi accadere, precisamente, soltanto quando il caso stesso si presenti come eccezionale e straordinario, per non essere ancora stato adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero per essere oggetto di dibattiti scientifici con sperimentazione di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi o incompatibili⁷. Questi orientamenti giurisprudenziali vengono per lo più criticati dalla dottrina⁸, che da più parti, e non a torto, li ha accusati di essere eccessivamente rigorosi e di comportare l'«azzerramento»⁹ e la «sterilizzazione»¹⁰ della norma di cui si discute; e nei tempi più recenti questi rilievi hanno forse iniziato ad essere considerati nelle aule di giustizia, posto che la magistratura pare avere avviato un processo di riscoperta del significato e delle potenzialità applicative dell'art. 2236 c.c. richiamando quello che è stato definito lo «spirito riequilibratore» delle sorti delle controversie in ambito sanitario introdotto nel sistema dall'avvento della Legge Gelli-Bianco¹¹.

3. L'art. 2236 c.c. nell'epidemia da Covid-19: la responsabilità del personale sanitario

Ad ogni modo, anche a volere interpretare la norma nella maniera più restrittiva e rigorosa possibile pare davvero difficile negare che gli operatori sanitari impegnati nella cura dei pazienti affetti da Covid-19 debbano beneficiare dell'applicazione dell'art. 2236 c.c.

⁶ V., *ex multis*, Cass. 12 marzo 2013, n. 6093. Detta interpretazione è stata fatta propria anche da Corte Cost. 28 novembre 1973, n. 166, nella quale è stato, per la precisione, affermato che l'art. 2236 c.c. «non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di formale severità».

⁷ Con puntuali interventi la Suprema Corte ha, inoltre, ulteriormente precisato: che la difficoltà dell'intervento non si identifica con l'aleatorietà, perché anche l'effetto di una prestazione terapeutica di facilissima esecuzione, come un'iniezione o la somministrazione di un farmaco, può in talune ipotesi apparire del tutto aleatorio (Cass. 21 giugno 2004, n. 11488); che anche quando ci si trovi di fronte ad un intervento chirurgico che presenta il carattere della speciale difficoltà, la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. non si estende alla fase post-operatoria, nella quale il medico risponde, anche per colpa lieve, dell'inadempimento del dovere di vigilare attentamente sul paziente e adottare tutte le precauzioni e i rimedi conosciuti dalla scienza e dalla pratica medico-specialistica al fine di evitare che insorgano complicazioni (Cass. 28 settembre 2009, n. 20790); infine, che il requisito della speciale difficoltà della prestazione non è integrato dall'incompletezza o dalla reticenza delle informazioni fornite dal paziente circa le proprie condizioni di salute, laddove queste ultime siano accertabili attraverso la corretta esecuzione della prestazione curativa (Cass. 12 settembre 2013, n. 20904).

⁸ Ma per una posizione restrittiva in linea con la giurisprudenza v. A.P. UGAS, *Art. 2236 – Responsabilità del prestatore d'opera*, in *Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2188-2246. Norme collegate*, a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 889 ss., secondo cui la norma dovrebbe trovare spazio solamente in «casi limitati» e «caratterizzati sia dalla incertezza del conseguimento del risultato sia soprattutto dalla incertezza della prestazione richiesta per raggiungerlo», che per l'appunto si avrebbero «qualora il debitore assuma un impegno rispetto al quale non esiste né un percorso causale definito scientificamente, né, tanto meno, regole scientifiche ed operazioni tramite le quali intraprenderlo e seguirlo» e, pertanto, «manchi una regola di condotta o essa sia del tutto confusa o incerta».

⁹ M. FOGLIA, *Il prisma della prestazione medica e l'«azzerramento» dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 372 ss.

¹⁰ C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 32.

¹¹ Cfr. Trib. Roma 1° febbraio 2018; Trib. Napoli 26 novembre 2018.

Depongono in tal senso, innanzitutto, la novità della patologia e la limitatezza delle conoscenze scientifiche disponibili sul morbo¹². Allo stato attuale infatti ancora non vi sono farmaci testati di certa efficacia contro il virus, né linee guida terapeutiche condivise e consolidate nella comunità scientifica né buone pratiche clinico-assistenziali (se non quelle relative alla terapia di supporto, come ad esempio l'assistenza intensivistica nei casi più gravi), sicché appare anche piuttosto improbabile che al medico possa essere rimproverato il fatto di non essersi attenuto, come dispone l'art. 5 della Legge Gelli-Bianco, alle «raccomandazioni previste dalle linee guida» accreditate dalle istituzioni con le modalità disposte nella medesima legge e, in loro mancanza, alle «buone pratiche clinico-assistenziali».

È verosimile che tutto ciò sia destinato a valere, in particolare, nei casi in cui al medico venga contestato un errore nell'esecuzione di trattamenti terapeutici su malati di Covid-19. A conclusioni almeno parzialmente diverse si potrebbe forse giungere, invece, con riguardo a due diversi ambiti.

Il primo è quello dell'errore e del ritardo diagnostico, in quanto va considerato che, seppure con tutte le peculiarità da valutare caso per caso, a partire dalla mutevolezza dei tempi di incubazione del virus, l'infezione da SARS-CoV-2 può essere riconosciuta da sintomi sufficientemente noti – benché poco specifici – ed è accertabile con metodologie di ricerca del morbo di principio affidabili.

Un altro settore nel quale potrebbero aprirsi maggiori spazi per un'affermazione di responsabilità del personale sanitario è, poi, quello relativo alla mancata adozione degli accorgimenti atti ad evitare la diffusione del virus all'interno dell'ospedale, posto che la concreta adozione di tali misure di prevenzione appare di per sé connotata da un quoziente di complessità e di aleatorietà sensibilmente inferiore rispetto a quello che caratterizza la somministrazione della terapia ai pazienti affetti dal morbo: ne è riprova il fatto che, in tema di infezioni nosocomiali, la giurisprudenza ha più volte negato l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. facendo leva, per l'appunto, sul carattere del tutto ordinario di operazioni quali la sterilizzazione della sala operatoria, la disinfezione degli ambienti ospedalieri, la pulizia degli strumenti clinici, e simili¹³.

Va peraltro rilevato che anche nelle ipotesi sopra considerate la situazione di emergenza in cui il personale sanitario si trova spesso ad operare nella cura dei pazienti affetti da Covid-19 potrebbe portare al concretizzarsi, quantomeno nella grande maggioranza dei casi, di quella speciale difficoltà della prestazione che costituisce il requisito per l'applicazione dell'art. 2236 c.c.¹⁴: in effetti è corretto ritenere

¹² Lo sottolinea anche E. DEL PRATO, *op. cit.* Per una diversa opinione v., però, E. SCODITTI, *op. cit.*, secondo cui «la pandemia [...] non incide sulla perizia, implicando problemi tecnici di speciale difficoltà, ma sulle comuni regole di diligenza e prudenza, da seguire per la conservazione della possibilità di adempiere la prestazione professionale. Il problema posto dalla pandemia è quello della sproporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero dei pazienti su cui è necessario intervenire. [...] L'intervento sanitario imposto dalla pandemia segue procedure vincolate, le quali possono acquistare anche il carattere della routinarietà per il tipo di patologia da trattare».

¹³ V., per esempio, Trib. Casale di Monferrato 6 luglio 1966; App. Torino 12 gennaio 1968, n. 35; Cass. 18 ottobre 2005, n. 20136. In senso conforme sul punto v., in dottrina, M. RONCHI, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali - II parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1810 ss.

¹⁴ Sull'aspetto dell'emergenza insistono, in particolare, M. HAZAN - D. ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, in *ridare.it*, Focus del 10 marzo 2020. Con riguardo ai casi di danno da contagio va poi aggiunto che la pronuncia di una sentenza di condanna nei confronti di uno o più operatori sanitari potrebbe facilmente incontrare l'ostacolo, già abbondantemente sperimentato nelle controversie in materia di infezioni nosocomiali, rappresentato dall'impossibilità di

che nella valutazione di tale presupposto, dovendosi adottare non una prospettiva astratta e potenziale bensì una visuale che tenga conto delle effettive problematiche che il medico si è concretamente trovato a fronteggiare, si possano e si debbano senz'altro tenere in considerazione le criticità del contesto organizzativo e strutturale nelle quali è stata eseguita la prestazione sanitaria dannosa¹⁵.

Tutto questo comunque non significa che la situazione emergenziale innescata dall'epidemia si presti a costituire un paravento dietro il quale possano essere nascoste le responsabilità conseguenti ad episodi di vera e propria *malpractice*, che rimane sempre astrattamente ipotizzabile anche in simili contesti. Al contrario, come giurisprudenza e dottrina hanno ripetutamente avuto occasione di affermare, il medico chiamato ad operare in un contesto di criticità deve comunque fare tutto quanto rientra nelle sue possibilità per cercare di sopperire alle sfavorevoli circostanze in cui deve essere eseguito il trattamento e adottare, nei limiti in cui ciò sia tecnicamente possibile, quelle misure e quegli accorgimenti che siano in grado di porvi (totalmente o anche solo parzialmente) rimedio¹⁶: qualora si riscontri che non ha ottemperato a tale obbligo, quindi, anche un operatore sanitario impegnato nel contrasto al Covid-19 ne dovrà rispondere come un qualsiasi altro professionista.

4. L'art. 2236 c.c. nell'epidemia da Covid-19: la responsabilità della struttura

Le potenzialità applicative dell'art. 2236 c.c. vengono invece meno quando dalla responsabilità individuale del personale medico si trascorre alla responsabilità della struttura sanitaria.

Com'è noto, da tempo si riconosce che sulle strutture sanitarie incombe, oltre e anche a prescindere dalla responsabilità indiretta per la *malpractice* del personale medico che opera al loro interno, un'autonoma e diretta responsabilità derivante dall'inadempimento degli obblighi organizzativi, insorgenti dal contratto di ospedalità concluso con i pazienti, che impegnano ogni nosocomio a fare in modo che le cure vengano prestate in un contesto strutturale di livello adeguato rispetto alle circostanze del caso concreto, quali la tipologia e le dimensioni dell'ente, il suo bacino d'utenza, le caratteristiche dei servizi prestati dagli ospedali affini, lo stato di avanzamento dell'evoluzione scientifica e tecnologica del momento storico, e così via, senza ovviamente dimenticare il fattore costituito dall'ineludibile limitatezza delle risorse finanziarie delle quali è dato disporre. Essendo l'adempimento di tali doveri caratterizzato da connotati di governabilità e di controllabilità da parte del debitore che ne suggeriscono l'accostamento alla categoria delle obbligazioni di risultato, la responsabilità per "difetto di organizzazione" che consegue alla loro inosservanza viene dalla parte maggioritaria della dottrina ricostruita impiegando, in luogo della regola

identificare con precisione il singolo soggetto (o i singoli soggetti) cui ascrivere il comportamento che ha effettivamente causato l'evento avverso (sono i c.d. danni anonimi): con ogni probabilità, in queste ipotesi il mirino del giudice finirà per spostarsi sulla responsabilità "organizzativa" della struttura sanitaria, argomento che costituisce l'oggetto del par. successivo.

¹⁵ Cfr., tra le altre, Cass. 28 settembre 2009, n. 20790.

¹⁶ Sul punto v., *amplius*, M. FACCIONI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, p. 135 ss.; ID., *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1851 ss.

della colpa utilizzata per valutare la responsabilità individuale del medico, un più rigido parametro di natura oggettiva¹⁷, come tale incompatibile con il criterio soggettivo sul quale è imperniato l'art. 2236 c.c., che addossa all'ospedale il rischio dell'inadempimento derivante da tutte le anomalie che si possano verificare nell'ambito del proprio apparato organizzativo fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile¹⁸.

Tutto questo peraltro non significa che le strutture sanitarie corrano il rischio di essere travolte da una illimitata responsabilità civile per eventi avversi occasionati dal Covid-19 e ricollegati al concetto di *deficit* organizzativo. Al contrario, la configurabilità di una responsabilità siffatta parrebbe dover essere tendenzialmente esclusa con riguardo a danni derivanti dall'attività di diagnosi e di erogazione delle terapie ai pazienti affetti dal morbo. Il livello del substrato organizzativo concretamente e legittimamente esigibile dagli ospedali è, come già detto, inevitabilmente condizionato dalla limitatezza delle risorse finanziarie che gli stessi hanno a disposizione nonché dall'obbligo di impiegare tali risorse secondo criteri di appropriatezza, razionalità ed efficienza: così stando le cose, appare alquanto improbabile l'eventualità che una qualche struttura sanitaria possa essere reputata responsabile di non essere sufficientemente attrezzata per fare fronte ad un evento straordinario qual è l'epidemia in atto e di non essere stata in grado di prendersi cura di tutte le persone colpite dal virus giunti alle sue porte nelle quantità, nelle tempistiche e nelle condizioni che ben conosciamo.

Maggiori spazi per un'affermazione di responsabilità delle strutture parrebbero invece aprirsi qualora si discuta della mancata o scorretta adozione, a livello organizzativo, degli accorgimenti atti ad evitare la diffusione del virus. Prendendo nuovamente spunto dalle controversie in tema di infezioni nosocomiali sembra potersi difatti affermare che il compimento di attività quali l'isolamento dei malati, la sanificazione ambientale, la disinfezione degli strumenti, l'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, e così via, può – e pertanto deve – essere garantita dall'ente sanitario attraverso un'adeguata opera di pianificazione e concreta implementazione. Ma d'altro canto va evidenziato che l'utilizzo di un criterio d'imputazione di tipo oggettivo nella valutazione della responsabilità in discorso, se correttamente inteso, non dovrebbe restringere eccessivamente la possibilità di andare esente da responsabilità per la struttura, questa essendo sempre ammessa a dimostrare, in alternativa al fatto che l'inadempimento è stato determinato da un impedimento oggettivamente imprevedibile ed inevitabile, l'esatto adempimento dell'obbligazione avente per oggetto la predisposizione delle misure precauzionali atte ad evitare la diffusione del virus¹⁹: e nella perimetrazione della prestazione da questo punto di vista dovuta dall'ente nosocomiale, ovverosia

¹⁷ In questo senso si è espressa, di recente, anche Cass. 11 novembre 2019, n. 28987.

¹⁸ Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti di dottrina in tal senso, M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., spec. p. 81 ss., cui *adde*, nella dottrina successiva, C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive*, in *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, a cura di M. Faccioli e S. Troiano, Napoli, 2019, p. 29 ss.

¹⁹ Cfr., anche per indicazioni di giurisprudenza conforme, M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 128; per analoghe conclusioni, seppure ricostruendo in termini colposi il criterio di imputazione della responsabilità della struttura, v. pure M. HAZAN - D. ZORZIT, *op. cit.*

nell'individuazione di quali e quante misure l'ospedale fosse concretamente tenuto a mettere in campo, si potrà e si dovrà evidentemente tenere conto delle limitazioni e delle difficoltà ricollegate alla situazione emergenziale in atto.

5. Riflessioni conclusive: verso una disciplina speciale della materia?

Alla luce delle riflessioni fin qui svolte pare potersi affermare che nell'attuale quadro normativo della responsabilità civile sanitaria non mancano strumenti idonei a tenere nella giusta considerazione le peculiarità dell'emergenza epidemica da Covid-19 e condurre le controversie in materia verso una definizione appropriata ed equidistante dagli interessi delle parti coinvolte. Se si concorda con tale conclusione, l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per tali fattispecie potrebbe allora apparire non necessaria, e forse anche non opportuna quando si considera che la responsabilità civile medica è ancora in fase di assestamento dopo le profonde innovazioni apportate dalla Legge Gelli-Bianco (e, ancor prima, dall'art. 3 della c.d. Legge Balduzzi del 2012) nonché dalla l. n. 219/2017 in tema di consenso informato. A tale riguardo – e sempre in un'ottica propensa a non sottoporre la materia a ulteriori “scossoni” – va altresì evidenziato che le soluzioni implementate, in via legislativa o pretoria, in questo pur specifico settore hanno non di rado avuto ricadute di ben più ampia portata su profili generali dell'obbligazione e della responsabilità civile, quali, per esempio, la distinzione obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato, la concezione del nesso causale e la teoria del c.d. contatto sociale²⁰.

Se tutto questo è vero sul piano della speculazione teorica, non si può negare che ragioni di opportunità politica potrebbero nondimeno giustificare l'introduzione di un'apposita disciplina della responsabilità per danni da Covid-19 al fine di contenere il volume dei giudizi destinati a radicarsi in materia: la drammatica situazione in atto si va infatti ad innestare in un panorama (non solo) nazionale già da tempo caratterizzato da una notevole espansione del contenzioso in ambito sanitario e dal connesso fenomeno della c.d. medicina difensiva; la presentazione di azioni risarcitorie per danni subiti dai pazienti colpiti dall'epidemia sarà sicuramente incentivata dalla crisi economica scatenata dal *lockdown* imposto dalle autorità e del resto viene già incoraggiata da alcuni studi legali, talvolta offrendo consulenza gratuita o altri incentivi; e purtroppo anche l'estrema difficoltà di mantenere un contatto con gli operatori sanitari per essere informati dell'andamento delle cure può esacerbare gli animi dei familiari dei pazienti affetti dal virus ed eventualmente spingerli, nel non infrequente caso di decesso del malato, ad innescare un giudizio civile (e/o penale) per avere quelle spiegazioni che non sono state loro fornite in precedenza.

Una prima opzione per regolare la materia potrebbe allora essere l'introduzione di una disciplina che vada ad esplicitare nel diritto positivo, rafforzandone il valore, i risultati ai quali condurrebbe

²⁰ Cfr., tra gli altri, M. FACCIOLI, *La legge Gelli-Bianco fra normativa speciale della medical malpractice e disciplina generale dell'obbligazione e della responsabilità civile*, in *Risarcimento del danno e assicurazione*, cit., p. 1 ss.; A.M. BENEDETTI, *Verso una “medicalizzazione” della responsabilità contrattuale? Esercizi di discutibile riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *giustiziacivile.com*, Nota a sentenza del 28 gennaio 2020.

L'applicazione della normativa attualmente vigente: in questa direzione sostanzialmente si muoveva la gran parte delle proposte di emendamento al decreto "Cura Italia" presentate in occasione dell'esame del provvedimento al Senato e successivamente ritirate, le quali, sostanzialmente ispirandosi alla logica dell'art. 2236 c.c., ruotavano attorno alla delimitazione della responsabilità civile per eventi avversi causati dall'epidemia ai casi di dolo e colpa grave e alla necessità di valutare la gravità della colpa considerando le peculiarità, dettagliatamente elencate, della situazione emergenziale in atto.

In alternativa si potrebbe però anche pensare a soluzioni più incisive ed innovative, eventualmente anche in combinazione tra loro, quali: a) la predisposizione di una disciplina che, sulla falsariga di quanto prevede la l. n. 117/1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, escluda la responsabilità diretta del personale medico per danni da Covid-19 ed attribuisca al danneggiato la facoltà di agire per il risarcimento nei soli confronti dell'Amministrazione sanitaria, lasciando a quest'ultima la possibilità di rivalersi sul sanitario nei casi di dolo o colpa grave; b) la previsione di un indennizzo (eventualmente erogato da un apposito istituendo Fondo) a beneficio dei pazienti irreversibilmente lesi dal Covid-19, o dei loro familiari in caso di morte del malato, sul modello della l. n. 210/1992 in tema di danni da vaccinazioni obbligatorie, emotrasfusioni e somministrazione di emoderivati.

[22 aprile 2020]