

## *FAIR INNINGS* E SCELTE SANITARIE: VERSO UNA “VIRALE” NUOVA FRONTIERA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA?\*

### 1. Medical need e scelte sanitarie

“La carenza di vita, la carenza di tempo [...] costituisce il modo di essere eccezionale nel quale ci troviamo inchiodati per questa vicenda di carattere esteriore”: l’uomo, benché dotato dei “mezzi per andare sulla luna, su Marte, per fare i grandi viaggi interplanetari” si trova costretto ad arrendersi “di fronte a un minuscolo essere vivente qual è un virus di cui siamo in questo momento i prigionieri”<sup>1</sup>. L’irrompere sulla scena mondiale del *coronavirus* (responsabile della *Sindrome respiratoria acuta grave coronavirus 2* meglio nota con l’acronimo SARS-CoV-2 o più semplicemente con quello di Covid-19) ha prodotto effetti devastanti in ogni ambito del vivere civile e nel travolgere certezze e comportamenti ha disvelato, in tutta la sua drammaticità, la fragilità del sistema e del sistema sanitario in particolare. Sol che ci si soffermi sul recente passato, a venire in rilievo sono anzitutto le difficoltà legate alla diagnosi e al corretto inquadramento dei sintomi della malattia nonché alla carenza di dispositivi di protezione individuale, di ventilatori meccanici, di posti letto negli ospedali e nelle rianimazioni. La penuria di risorse, generata dal fatto che i servizi di cura e di assistenza sono risultati quantitativamente inferiori alle necessità massime prevedibili, si è tradotta in scelte non semplici, dalle quali è dipesa non di rado la sopravvivenza di un malato piuttosto che di un altro o la possibilità di cura o la qualità delle cure da prestare al singolo malato.

I dilemmi etici e giuridici che ne sono conseguiti stentano ancora oggi a trovare risposte convincenti in grado di giustificare le deroghe apportate al *triage* negli ospedali, normalmente basato sulla valutazione del livello di

---

\* Il lavoro, sebbene unitariamente concepito, è da attribuire per quanto concerne i paragrafi 1 e 5 a Gelsomina Salito e per quanto riguarda i paragrafi da 2 a 4 a Virginia Zambrano.

1 A. Masullo, *Riflessioni sulla vita ai tempi della nuova peste*, in “Voce delle voci”, 20 marzo 2020.

urgenza del soggetto, secondo un codice associato alla criticità del caso<sup>2</sup>. Il prevalere, invece, in più di una circostanza, della logica del cd. *fair innings* ha indotto ad assegnare le risorse sanitarie “in un contesto di grave carenza (*shortage*)” riservando i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico e privilegiando, di conseguenza, la “maggior speranza di vita”<sup>3</sup>. Sullo sfondo di una *medicina delle catastrofi*, si è consumata così la disputa, non solo ideale, tra “appropriatezza clinica”<sup>4</sup> e *giustizia distributiva* e se il prevalere, a tratti, della prima si è spinto fino a riservare i mezzi a chi *può avere più anni di vita salvata*, il recupero della seconda ha significato, con lo stabilizzarsi della situazione sanitaria, il ritorno alla valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto ai bisogni clinici individuali.

Il tema delle cd. scelte tragiche non è, in vero, nuovo: si è posto nella sua complessità già in relazione ai trapianti di organi, rispetto ai quali, tuttavia, il numero limitato di aventi diritto ha consentito di ascrivere un ruolo decisivo al criterio clinico. Dinanzi a richieste crescenti di cure e di

- 
- 2 In relazione alla gestione delle emergenze in epoca pre-pandemica cfr. M. Catino, M. Pesenti Campagnoni, C. Locatelli, *I ragionamenti inferenziali nella gestione delle emergenze*, in “Riv. it. med. leg.”, 2012, p. 425.
  - 3 SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020. Si legge, altresì, nel documento che “non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone”. Sul valore del documento SIAARTI vedi l'attento saggio di A. Da Re, A. Nicolussi, *Raccomandazioni controverse per scelte difficili nella pandemia. Appunti etico-giuridici su responsabilità dei medici e linee guida*, in “Medicina e morale”, 2020, p. 347 ss.
  - 4 V. CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, il quale ritiene che “il *triage* in emergenza pandemica, si debba basare su una premessa, la *preparedness* (predisposizione di strategie di azione nell'ambito della sanità pubblica, in vista di condizioni eccezionali, con una filiera trasparente nelle responsabilità), la appropriatezza clinica (valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla urgenza e gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, considerando la proporzionalità del trattamento), l'attualità che inserisce la valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso nella prospettiva più ampia della “comunità dei pazienti”, con una revisione periodica delle liste di attesa”. In argomento, ancora, A. Da Re, A. Nicolussi, *Raccomandazioni controverse per scelte difficili nella pandemia. Appunti etico-giuridici su responsabilità dei medici e linee guida*, cit., p. 357, che mettono in evidenza il diverso rilievo del parere del CNB rispetto alle *Raccomandazioni* della SIAARTI.

ricoveri dovuti al diffondersi del *coronavirus*, però, anche siffatto criterio ha vacillato, vinto, in più di un momento, dalla oggettiva difficoltà di considerare e analizzare la condizione del singolo paziente affetto da una malattia sostanzialmente ignota alla letteratura scientifica, quale, appunto, il Covid-19. E per quanto resti inammissibile – come ricorda la giurisprudenza<sup>5</sup> – distinguere “tra vite degne e non degne di essere vissute”, i medici sono stati spesso indotti ad assumere decisioni non sempre condivisibili o comprensibili secondo le regole ordinarie. Il diritto *in primis* ne esce smarrito, sopraffatto, a sua volta, dalla sconosciuta patologia, che lo costringe, dopo anni trascorsi ad indagare la responsabilità medica – come riprova il susseguirsi delle leggi e degli arresti giurisprudenziali in merito – a rivedere nozioni, criteri di imputazioni, schemi entro i quali sussumere l’agire del sanitario. E se non è mancato chi ha suggerito l’opportunità di introdurre un intervento normativo *ad hoc*<sup>6</sup>, che, sorretto dalla *ratio* della eccezionalità, fissasse nuovi confini in materia, in presenza, soprattutto, di errori diagnostici e terapeutici, ad una più attenta lettura l’adozione di una legislazione speciale potrebbe aprire a scelte poco coerenti, magari assunte sulla scia dell’emotività e della finalità (ancorché nobile) di tutelare la classe medica in prima linea contro la pandemia. L’ordinamento, del resto, presenta al suo interno, nel codice civile e nelle leggi in materia, strumenti interpretativi in grado di inquadrare e risolvere le questioni, non nuove, sollevate dal dilagare del *coronavirus* nella realtà sociale e soprattutto in quella sanitaria<sup>7</sup>. La pandemia non ha prodotto, infatti, il sorgere di ipotesi di responsabilità dissimili da quelle alle quali si assiste ordinariamente; ha solo imposto di riguardarle sotto una nuova luce, quella della eccezionalità della situazione e della speciale difficoltà tecnica della prestazione: la prima quale forza maggiore che, determinando l’impossibilità sopravvenuta

---

5 Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in “Dir. fam. e pers.”, n. 1, 2008, p. 77 ss., in relazione al c.d. caso Englaro.

6 Tra gli altri G. Facci, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in “Resp. civ. e prev.”, 2020, p. 706; M. Faccioli, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, su “rivistaresponsabilitamedica.it”, 2020, p. 8.

7 La responsabilità del medico, del resto, non è tema nuovo: rappresenta rinomatamente uno degli argomenti maggiormente dibattuti dagli interpreti ai quali si deve nel tempo ora il ripensamento di categorie tradizionali (quali, ad esempio, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato), ora la creazione di nuove (l’ormai noto contatto sociale), nel tentativo costante di adeguare le soluzioni ai progressi della scienza e della tecnica nonché alla mutata sensibilità sociale. Sul punto U. Perfetti, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso*, in “Giust. civ.”, 2018, p. 359.

della prestazione, esclude la responsabilità del medico e della struttura; la seconda quale criterio che, riflettendo le peculiarità della vicenda concreta<sup>8</sup>, definisce il livello di perizia oggettivamente esigibile di fronte alla malattia in esame.

La riaffermazione, per tale via, delle categorie tradizionali, si compie, per l'esattezza, lungo le coordinate temporali tracciate, ancora una volta, dalla pandemia: altro, infatti, è la condotta che ci si poteva aspettare dal medico e dalla struttura sanitaria agli esordi del *virus*, caratterizzati dalla completa assenza di certezze<sup>9</sup>; altro quella che, al contrario, è ragionevole attendersi nella fase successiva connotata da una progressiva consapevolezza del fenomeno e da una sua graduale gestione altresì sanitaria. Si pensi, così, all'errore diagnostico: al prorompere della SARS-CoV-2 l'impossibilità di rinvenire linee guida alle quali attenersi (art. 5, c. 1, l. n. 24/2017) o, paradossalmente, la presenza di linee guida inidonee<sup>10</sup> (quali le prime indicazioni ministeriali che escludevano la possibilità di effettuare tamponi a chi non proveniva dalla Cina)<sup>11</sup> offrono un valido argomento per escludere ogni addebito in capo al medico che vi sia incorso. Questi, infatti, essendo tenuto, in ragione di una sindrome sconosciuta fino a pochi mesi fa, ad un elevato impegno intellettuale e ad un'alta preparazione professionale, di gran lunga superiori a quelli ordinariamente richiesti, non può ritenersi

8 Il rispetto della *leges artis* deve in ogni caso essere rapportato, con giudizio di adeguatezza, alla specificità del caso concreto che rappresenta un ampio serbatoio di discrezionalità decisoria per il giudice. In giurisprudenza, Cass., sentenza n. 11208/2017, in "Giust. civ. Mass.", 2017.

9 La legge Gelli Bianco (l. n. 24/2017) ha preferito seguire la via breve che "porta alla mera sostituzione della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale" per alcune categorie di medici. La soluzione, tuttavia, non si è rivelata priva di criticità: così F. Zecchin, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, in "Europa e dir. priv.", 2018, p. 1321.

10 Sul valore delle linee guida E. Marchisio, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in "Riv. dir. civ.", 2020, pp. 189 ss.; A. Di Majo, *Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e la perizia "guidata"*, in "Giur. It.", 2018, pp. 841 ss.; A. de Tura, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. Balduzzi (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna 2010, pp. 247 ss. Per la loro riconduzione alla c.d. *soft law*, G. Guerra, *La rilevanza giuridica delle linee guida nella pratica medica: spunti di diritto americano*, in "Nuova giur. civ. comm.", 2014, pp. 2037 ss.

11 Le raccomandazioni della SIAARTI del 6 marzo 2020 (v. nota 3) e il parere del CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, non sono assimilabili alle linee guida di cui discorre la legge Gelli Bianco. Queste ultime, infatti, si prefiggono di condizionare la qualità del sistema sanitario, laddove lo scopo dei documenti indicati appare piuttosto quello di armonizzare il sistema.

responsabile per gli errori dovuti alla mancanza di perizia, quale ad esempio il somministrare una terapia non in grado di condurre alla guarigione del malato di Covid-19 o, peggio, tale da accelerarne il decesso (sol che si ricordino le prime morti dovute a cure poi rivelatesi controproducenti). Ad analoga conclusione deve pervenirsi in sede di giudizio dell'errore commesso dai medici non specializzati o privi della specializzazione necessaria rispetto a quella specifica per il trattamento del *coronavirus*, chiamati nondimeno ad intervenire in ragione delle carenze di organico determinate dagli ingenti ricoveri ospedalieri.

Si pensi, ancora, ai possibili danni derivanti ai pazienti dalla somministrazione, nella fase iniziale, di farmaci *off-label*, ossia di farmaci registrati ma destinati ad un impiego diverso dalla cura del Covid-19 o di farmaci sperimentali, magari ancora privi dell'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dal Ministero della Salute<sup>12</sup>. Il tentativo di salvare vite umane ha, non di rado, indotto gli operatori sanitari, nell'immediatezza della pandemia, ad avvalersi dei medicinali indicati pur in assenza di dati documentabili o di pubblicazioni scientifiche che ne attestassero l'impiego<sup>13</sup>. Una simile decisione ha spinto taluno a qualificare come pericolosa l'attività di sperimentazione in tal modo posta in essere in quanto pratica dagli effetti ignoti o comunque non ancora sufficientemente conosciuti<sup>14</sup> e a ricondurne la disciplina all'art. 2050 c.c.<sup>15</sup>, con conseguente aggravio della posizione probatoria del medico<sup>16</sup>, tenuto a dimostrare di avere adottato *tutte le misure idonee ad evitare il danno*. La considerazione della gravità dell'evento pandemico e soprattutto del principio, sotteso ad ogni sperimentazione, dell'adeguata ponderazione tra vantaggi ed oneri derivanti dall'azione e dalla mancanza di azione<sup>17</sup>, in considerazione dell'evoluzione scientifica, inducono, tuttavia, a dissentire della conclusione e a sussumere piuttosto la fattispecie sotto le maglie dell'art. 2236 c.c.<sup>18</sup>, sulla

---

12 Cfr. d.lgs. n. 219/2006, in G.U. 21 giugno 2006, n. 142.

13 Art. 1, c. 4, d.l. n. 356/1996, convertito in l. n. 648/1996.

14 A. Bellelli, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p. 134.

15 Per un'analisi dell'art. 2050 c.c. anche in relazione alla responsabilità medica C. Castronovo, *La responsabilità civile*, Milano 2018, pp. 449 ss.

16 C. Iorio, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus*, in "Judicium", 2020, p. 7.

17 F. Grotteria, *Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica*, in "Riv. it. med. leg.", 2017, p. 1301.

18 Il campo sperimentale, del resto, è quello che più di ogni altro presenta problemi tecnici di speciale difficoltà. Il trattamento, infatti, in quanto, appunto, sperimentale, non è pienamente conosciuto dalla scienza medica. Cfr. A. Bellelli, *Aspetti*

base del quale escludere o limitare fortemente la responsabilità quando il danno al paziente, pur essendo prevedibile, era accettabile sulla base della valutazione etico scientifica preliminarmente effettuata dal medico e dal comitato etico della struttura sanitaria<sup>19</sup>.

Con riguardo alle strutture sanitarie, invece, il rilievo diacronico dei due ricordati elementi della eccezionalità della situazione e della speciale difficoltà della prestazione si apprezza, in particolare, in relazione al distinto profilo delle carenze organizzative originate dall'irrompere della Sars-Cov-2, che ha decretato l'impossibilità per detti enti di adempiere o di adempiere in modo esatto l'"obbligazione istituzionale primaria"<sup>20</sup> nascente dal contratto (atipico) di ospedalità<sup>21</sup>. Sul punto la normativa di settore (si pensi al d.m. n. 70/2015), ispirata ad un criterio di appropriatezza delle risorse, impone loro di predisporre tutto quanto necessario (anche in termini di apparecchiature e di dispositivi diagnostici e terapeutici) per il corretto espletamento della prestazione medica in senso stretto pur in condizioni inattese e di emergenza, ancorché di rara verifica<sup>22</sup>, quali, appunto, una pandemia. La previsione astratta si è scontrata, tuttavia, nella

---

*civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 123. Per una ricostruzione della normativa in materia R. Masoni, *La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo*, in "Dir. fam. e pers.", 2019, pp. 968 ss.

- 19 *Argomentando a contrario*, pertanto, deve ritenersi responsabile il medico che abbia operato una errata ponderazione rischi-benefici con riferimento alla condizione di salute del paziente. Il medico è, infatti, chiamato ad accertare l'idoneità della sperimentazione a tutelare i diritti individuali del paziente. Sul punto F. Grotterria, *Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica*, cit., 1307.
- 20 Così Cass., sentenza n. 6707/1987, in "Foro it.", I, 1988, p. 1629.
- 21 Sul punto M. Faccioli, *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; Id., *Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria: natura, oggetto e disciplina applicabile*, in "Studium iuris", 2004, pp. 519 ss.
- 22 Già una datata giurisprudenza di merito (Trib. Milano, sentenza 9 gennaio 1997, in "Resp. civ. e prev.", 1997, pp. 1220 ss.), così, sottolineava la gravità della mancanza di un servizio interno di rianimazione in una struttura nella quale si compiono interventi operatori in anestesia generale, sul presupposto per cui anche in quelli di più semplice esecuzione, c.d. di *routine*, sussiste pur sempre un rischio di complicazioni per quanto statisticamente basso. Ribadiscono la responsabilità autonoma e diretta della struttura ospedaliera ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze Cass., SS. UU., sentenza n. 9556/2002, in "Nuova giur. civ. comm.", I, 2003, p. 689; Cass., sentenza n. 13066/2004, in "Danno e resp.", 2005, p. 537; Cass., sentenza n. 24759/2007, in "Giust. civ. Mass.", 2007, p. 11.

realtà, con il bisogno urgente, impellente e contestuale di cure da parte di un numero rilevante di persone<sup>23</sup>, con l'assenza di linee guida e di buone pratiche clinico-assistenziali, con la limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione, con la necessità di impiegare quelle presenti secondo criteri di adeguatezza, razionalità ed efficienza<sup>24</sup>: le peculiarità del caso concreto e l'innegabile constatazione per cui il debitore (la struttura sanitaria) non avrebbe potuto evitare l'inadempimento utilizzando l'ordinaria diligenza<sup>25</sup> hanno finito così per superare il dettato normativo e per giustificare gli inadempimenti il debitore, nella fase di esordio della pandemia.

Le conclusioni raggiunte non devono però indurre nell'errore opposto di ritenere *tout court* sempre e comunque esenti da addebiti e da colpe il medico e la struttura, i quali continuano a rispondere, pur nell'era del Covid-19, per il mancato o inesatto adempimento di quelle obbligazioni assunte all'atto del ricovero o della presa in cura del paziente e non intaccate nella loro realizzabilità ed esecuzione dagli effetti della pandemia. Per restare, così, all'esempio della carenza di organizzazione e di dispositivi terapeutici, non va esente da colpa il medico che non informi il paziente "della possibile inadeguatezza della struttura per l'indisponibilità, anche solo momentanea, di strumenti essenziali per una corretta terapia o per un'adeguata prevenzione di possibili complicazioni"<sup>26</sup>. Grava, inoltre, sul medico che opera in un ospedale inadeguato un "dovere correttivo"<sup>27</sup>, con-

---

23 Una responsabilità dell'ospedale può configurarsi anche nella insufficienza delle apparecchiature a disposizione per affrontare la prevedibile emergenza, ovvero nel ritardo nel trasferimento del paziente in un centro ospedaliero attrezzato: Cass., sentenza n. 10743/2009, in "Giust. civ. Mass.", n. 5, 2009, p. 749.

24 V. M. Faccioli, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit., p. 6.

25 Si rinvia a F. Realmonte, *Caso fortuito e forza maggiore*, in "Dig. it.", V. II, Torino, 1988, pp. 253 ss.

26 Già in passato, in questi termini, Cass., sentenza n. 6318/2000, in "Riv. it. med. leg.", 2000, p. 1301. Sul dovere del medico, ancorché in condizioni di normalità, di verificare l'organizzazione dei mezzi adeguati al raggiungimento degli obiettivi, con l'adozione di tutte le misure volte a ovviare alle carenze strutturali e organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento Cass., sentenza n. 8035/2016, in "Guida al diritto", n. 26, 2016, p. 38. Ritengono che sia richiedere "davvero troppo se al medico si addossa addirittura il compito di mettere in guardia i pazienti da tutte le possibili deficienze, contingenti e croniche, del proprio ospedale di cui egli abbia conoscenza e che direttamente o indirettamente potrebbero incidere sulla salute ed anche più latamente sul disagio del paziente" A. Fiori, G. La Monaca, *L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*, in "Riv. it. med. leg.", 2000, p. 1312.

27 *Amplius*, M. Faccioli, *op. cit.*, pp. 1852 ss.; P. D'Onofrio, *Libertà di cura e autodeterminazione*, Padova 2015, p. 101; E. Guerinoni, *Attività sanitaria e responsa-*

sistente nel porre in essere ogni condotta o soluzione idonea a ridurre o a rimediare totalmente o parzialmente (al)le conseguenze del difetto strutturale e organizzativo, adeguando le modalità e il livello di diligenza della propria condotta alle inefficienze dell'ente, nei limiti in cui sia tecnicamente possibile. A tal fine, egli è tenuto ad accertare che sussistano le condizioni per il corretto svolgimento della prestazione sanitaria e, ove carenti, a disporre il trasferimento del malato presso altra struttura in grado di offrire gli strumenti di cura che difettano in quella in cui svolge la propria attività: soltanto qualora quest'ultima soluzione non sia praticabile (quella, vale a dire, del trasferimento) e il medico non sia in grado di neutralizzare le deficienze strutturali e organizzative dell'ente, può concludersi per l'esenzione da responsabilità *ex art.* 1218 c.c.<sup>28</sup>. Compete, quindi, al giudice, sulla base delle circostanze concrete, definire secondo un modello di causalità equitativo-proporzionale, la *parte di danno rapportabile* al caso fortuito e quella riferibile ad una causa umana (cioè all'errore dei sanitari)<sup>29</sup>, con valutazione che, tuttavia, appare *ictu oculi* complessa per la difficoltà di accertare non “la rilevanza eziologica di una condotta (quella del medico appunto, *n.d.r.*), bensì di una inefficienza, soprattutto quando questa non sia accompagnata alla negligenza di uno specifico sanitario o gruppo di medici, oppure quando il difetto organizzativo consista in uno specifico apparecchio che non funziona”<sup>30</sup>.

---

bilità civile, in “Corr. giur.”, 2013, p. 36; L. Nocco, *La responsabilità delle e nelle strutture*, cit., pp. 92 ss.; A. Fiori, G. La Monaca, *op. cit.*, 2000, p. 1312.

28 Cfr. D. Carusi, *Responsabilità de medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in “Giur. it.”, n. I, 1996, p. 94.

29 *Amplius* sul punto R. Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in “Nuova giur. civ. comm.”, 2012, pp. 1018 ss.

30 Per riprendere le parole di L. Nocco, *La responsabilità delle e nelle strutture*, in G. Comandè, G. Turchetti (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova 2004, p. 90. Per lungo tempo, in merito, ha prevalso la rigida alternativa per effetto della quale o “le condizioni ambientali – o i fattori naturali – che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo (sono) sufficienti a determinare l'evento di danno, indipendentemente dal comportamento medesimo” o “quelle condizioni non (possono) dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno” ed allora “l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte quelle conseguenze da esso scaturenti scaturenti secondo normalità”: cfr. Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in... Il diverso orientamento affermatosi nel tempo – salvo qualche *revirement* (Cass., sentenza n. 15991/2011, in “Nuova giur. civ. comm.”, n. 2, 2012, p. 1018) – rimette al giudice del merito il compito di “procedere alla specifica identificazione della parte del danno eventualmente con criterio equitativo”: Cass., sentenza n. 975/2009, in “Danno e resp.”, 2010, pp. 372 ss.



Analogamente, la struttura sanitaria risponde della diffusione del *coronavirus* se non adotta tutti gli accorgimenti necessari ad impedire il contagio all'interno dei suoi reparti<sup>31</sup>, come nel caso in cui i pazienti ricoverati per patologie diverse contraggano il Covid-19 in ambiente ospedaliero a causa appunto di carenze organizzative della struttura stessa. Parte della dottrina, in vero, ha ritenuto “eccessivamente penalizzante” per gli enti sanitari se la relativa responsabilità per le infezioni nosocomiali<sup>32</sup> venisse valutata secondo gli approdi giurisprudenziali raggiunti in un contesto di “normalità”<sup>33</sup>. In senso contrario, però, è proprio il contesto di non-normalità che, elevando la soglia delle attenzioni necessarie, impone di ritenere come doverosa l'adozione da parte dell'ospedale di misure ancora più stringenti di contenimento dei contagi, pena appunto la sua responsabilità<sup>34</sup>.

## 2. Il quadro delle responsabilità: l'esperienza americana

Se c'è una lezione che l'esperienza della pandemia disvela è la fragilità delle società moderne nonché l'incapacità di elaborare una catena di comando in grado di contrastare, in maniera efficace, eventi e minacce esterne causate – nel caso di specie – da un virus di, apparentemente, banale origine zoonotica. Il passaggio all'uomo, come noto, è stato drammatico e ha messo in fibrillazione a livello globale un intero ecosistema politico, giuridico e sociale. Non sorprende allora che, in tutti gli ordinamenti, la risposta sia coincisa con il rafforzamento di quella sovranità statale che per Foucault assume la forma della *sottrazione* laddove – sempre a citare Foucault – solo la dimensione biopolitica si traduce “in una relazione di cura, tutela, crescita, potenziamento della vita”<sup>35</sup>. Il recupero di quella sovranità

31 Sul tema più generale delle infezioni ospedaliere e della responsabilità dell'ente, L. Papi, *Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio?* in “Resp. civ. e prev.”, 2019, pp. 1359 ss.

32 Si intendono per infezioni ospedaliere le malattie infettive contratte dal paziente in ospedale o in altri ambienti sanitari che, al momento del suo ingresso nella struttura assistenziale, non erano manifeste clinicamente, né erano in incubazione. Tale nozione è riportata dall'OMS in *Prevention of hospital-acquired infections – A practical guide*, 2nd ed. (2002).

33 Così G. Facci, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in “Resp. civ. e prev.”, 2020, p. 707.

34 In argomento A. Davola, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in “Danno e resp.”, 2017, pp. 360 ss.

35 M. Foucault, *Le maglie del potere* (1981), in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, V. 3, 1978-1985; trad. it. A. Pandolfi (a cura di), Milano, 1998, p. 156.

di cui si diceva ha condotto ad una stabilizzazione dello stato d'eccezione e alla riscrittura di limiti e regole di responsabilità che, non raramente, hanno messo in quiescenza diritti e libertà. Vieppiù in ambito medico dove contro misure quali quarantena, isolamento, *social distancing*, test obbligatori, *screening*, vaccinazioni e trattamenti medici obbligatori, sospensione di servizi essenziali hanno inciso, limitandoli profondamente, su diritti fondamentali della persona<sup>36</sup>.

D'altro canto se è vero che, in teoria, la solidità delle soluzioni che si sono formate in tema di responsabilità medica sembrerebbe tale da poter sopportare il peso dell'emergenza Covid-19, nel senso che errori diagnostici, terapeutici, omissioni in relazione al rispetto di misure di prevenzione quali isolamento, adozione di presidi terapeutici adeguati, sanificazione ambientale e così via enumerando non sembrano in grado di distorcere le ordinarie regole che ne governano il regime, è anche vero che la realtà ha offerto un quadro assai più articolato di quanto non possa a prima vista apparire. Per un verso la pressione sui sistemi sanitari ha rivelato i limiti gravi di una scarsità delle risorse economiche che si è riflessa in *deficit* strutturali e organizzativi (dalla terapia intensiva agli apparecchi di ventilazione ai dispositivi di protezione individuale), per l'altro ha avviato una riflessione che investe la tenuta delle regole di responsabilità nei casi di *medical malpractice* al verificarsi di un evento avverso non adeguatamente fronteggiabile sia per l'assenza di terapie efficaci, sia a causa della capacità diffusiva e eccezionale virulenza del SARS-CoV-2. La necessità di ricorso a medici appartenenti ad altre specializzazioni e/o a personale chiamato a supporto di infettivologi e rianimatori che hanno operato fuori degli ambiti di propria competenza ha fatto il resto, restituendo la dimensione del problema e aprendo – in tutti gli ordinamenti – ad uno sforzo rinnovato di riflessione su aspetti niente affatto nuovi. Colpa, livello di diligenza esigibile, nesso causale, consenso sono così tornati ad alimentare – con toni diversi – un dibattito che, sia pur mai sopito, pareva essersi felicemente attestato su un *milieu* favorevole alle ragioni del paziente. L'emergenza Covid-19 sembra

36 S. Burris, S. de Guia, L. Gable, D.E. Levin, W.E. Parmet, N.P. Terry, *Assessing Legal Responses to COVID-19*, Boston 2020, p. 199; R. G. Spece, *COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships*, in "Arizona Legal Studies", The University of Arizona, E. Rogers College of Law, n. 29-30, 2020, p. 4 ss.; L. Wiley, *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review*, 133 *Harv. Law Rev.*, 2020, accessibile [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3585629](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3585629); M. Shapiro, *Updating Constitutional Doctrine: An Extended Response to the Critique of Compulsory Vaccination*, 12 *Yale J. Health Pol'y Law Ethics* 87, 83-85, 2012, pp. 103-105.

segnare l’ocaso di questo impianto, facendo penetrare nel sistema della responsabilità medica la necessità ora di affinare le categorie esistenti ora di ampliare lo spettro delle responsabilità che gravano il medico o la struttura, spostando sull’assicurazione il rischio per il verificarsi dell’evento dannoso. Ma si proceda per ordine.

In America, sin dal diffondersi della pandemia, la partecipazione emotiva che ha circondato l’attività degli operatori sanitari, non è parsa sufficiente a far ritenere i *caregivers* al riparo da azioni di responsabilità. Rischiosamente benedetto da un cattivo ricorso alla *medical litigation*, da sempre affetta da una crescita esponenziale accompagnata dal progressivo emergere di soluzioni a tutela del paziente (a valersi sia in ambito probatorio sia sul piano dell’apprezzamento della colpa), l’avvitamento delle azioni su spirali sempre più sofisticate, ha fatto sorgere il timore che l’emergenza Covid-19 potesse aprire nuovi fronti in un settore già fertile terreno di scontri giuridici.

In vero la *National Academy of Sciences* (NAS) attraverso l’*Institute of Medicine* (IOM) – al fine di definire quale fosse lo *standard* di cure esigibile da un professionista – non aveva mancato, nel tempo, di elaborare precise linee guida volte a definire gli *standard* di assistenza in presenza di un cambiamento sostanziale delle normali operazioni sanitarie e del livello di assistenza che è possibile fornire. Già nel rapporto del 2009 la distinzione, operata dall’*Institute of Medicine*, fra *medical standard of care* quale tipologia e livello di assistenza medica prescritto da norme professionali e in linea con gli obiettivi dell’istituzione di cura<sup>37</sup>, e *legal standards of care*, inteso quale parametro cui ogni professionista ragionevole e prudente deve ispirare la propria condotta, si prefigge un obiettivo preciso. In discussione è la necessità di evidenziare che i contesti di crisi incidono sul livello di prestazione medica astrattamente esigibile. Nel richiamo al *legal standard of care*<sup>38</sup> si racchiude l’invito rivolto ai giudici di tener conto sia del contesto nel quale è stata resa la prestazione, sia del livello di preparazione esigibile da quel professionista. Quanto accaduto a proposito

37 È di particolare interesse osservare come il riferimento al *medical standard of care* non raramente abbia condotto i giudici a ritenere che il criterio della pratica medica prevalente può non rivelarsi in grado di far fronte all’eccezionalità della situazione. Su queste basi si è riconosciuta la responsabilità dei medici che si erano invece attenuti a quello standard, *Helling v. Carey*, 83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981 (1974); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972); R.G. Spece, *COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships*, in *Arizona Legal Studies*, cit., p. 23.

38 Cfr. il *leading case*, *Hood v. Phillips*, 554 S.W.2d 160, 165 (Tex. 1977).

dell'uragano Katrina aveva segnalato, infatti, l'importanza di flessibilizzare i parametri da utilizzare per la definizione della condotta diligente. In quella circostanza il riferimento alla dottrina del c.d. *Double Effect to Protect Physicians* aveva permesso di ritenere che al medico è “*permissible unintentionally to cause foreseen 'evil' effects that would not be permissible to cause intentionally*”<sup>39</sup> e così mandare esente da responsabilità il sanitario costretto ad effettuare “scelte tragiche” o la cui prestazione fosse stata condizionata dalla situazione di emergenza nella quale era stata resa<sup>40</sup>. È interessante osservare come equità, dovere di cura e di gestione delle risorse secondo criteri di trasparenza, coerenza, proporzionalità, parità di accesso e responsabilità – tutti diligentemente evocati – fungano da cornice retorica alla predisposizione di una “*national framework guidance on the key elements that should be included in standards of care protocols for disaster situations*”<sup>41</sup>.

In questo contesto, nonostante l'*American Bar Association* avesse espresso il proprio disappunto per l'introduzione di regole che “*would alter the legal duty of reasonable care in the circumstances owed to victims of a natural or man made disaster by relief organizations or health care*

- 
- 39 G. Castellano, *The Criminalization of Treating End of Life Patients with Risky Pain Medication and the Role of the Extreme Emergency Situation*, “76 *Fordham L. Rev.*”, n. 203, 2007, p. 220. La dottrina ha poi trovato applicazione nel caso famoso della Dott.ssa Pou un medico del *Memorial Medical Center di New Orleans*, accusata di omicidio di secondo grado per aver presumibilmente accelerato la morte di diversi pazienti durante l'uragano Katrina. Sebbene non sia stata incriminata penalmente, ha anche affrontato diverse richieste di risarcimento per aver causato la morte dei suoi pazienti. In risposta, la Louisiana ha emanato la legge n. 301 del Senato della Louisiana, l. n. 538/2008 a tutela degli operatori sanitari che agiscono in buona fede durante le emergenze.
- 40 B. Berlinger, M. Wynia, T. Powell, D.M. Hester, A. Milliken, R. Fabi, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19): Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19*, 2020, accessibile a <https://www.thehastingscenter.org/ethicalframeworkcovid19>; J. Mantel, *A Defense of Physicians' Gatekeeping Role: Balancing Patients' Needs With Society's Interests*, in “*Pepp. L. Rev.*”, 633, 725, 2015.
- 41 B.M. Altevogt, C. Stroud, S.L. Hanson, Dan MD. Hanfling, e L.O. Gostin, *Guidance for Establishing Crisis Standards of Care for Use in Disaster Situations – Letter Report* (2009). *Emergency Books. Book 2*, [http://www.inovaideas.org/emergency\\_books/2](http://www.inovaideas.org/emergency_books/2); Institute of Medicine, *Crisis Standards of Care: A Systems Framework for Catastrophic Disaster Response*, 2012 accessibile a <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24830057>; Institute of Medicine, *Crisis Standards of Care: A Toolkit for Indicators and Triggers*, Washington, D.C., 2012.

*practitioners*<sup>42</sup>, molti Stati e Governi locali hanno costantemente sostenuto la necessità di riscrivere le regole di responsabilità per medici e volontari, durante le emergenze. Qualche volta addirittura (*Virginia Code*, Secs. 8.01-225.01, 8.01-225.02) assorbendo la esenzione di responsabilità *in case of disaster* in una legislazione di rango primario, salvo ovviamente le ipotesi di “*gross negligence or willful misconduct*”<sup>43</sup>.

Né, a siffatte esigenze, era rimasto estraneo il Governo federale. Fortemente sollecitato dalle industrie farmaceutiche produttrici di vaccini e, dunque, interessate ad esenzioni di responsabilità per i danni conseguenti, il legislatore federale con il *Public Readiness and Emergency Preparedness (PREP) Act 2005*, aveva provveduto ad attenuare anche la responsabilità di medici e personale sanitario costretto ad operare in situazioni di emergenza<sup>44</sup>. Questa *immunity from tort liability*, allorché la prestazione medica è resa *to respond to pandemics, epidemics, or any biological, chemical, radiological, or nuclear threat* è da ultimo stata estesa a mitigare le conseguenze legate al Covid-19 e si propaga ad ogni *covered countermeasure*. Per cui qualsiasi danno derivante da misure di sicurezza, prodotti o strumenti il cui utilizzo in situazioni di emergenza sia stato approvato manda esente da responsabilità per il suo uso “*during a public health emergency declared under section 247d of this title*” (*PREP Act*). Non si fa scrupolo di attenuare responsabilità nemmeno il *CARES Act 2020*, allorché ricorda che i volontari “*shall not be liable under Federal or State law for any*

42 ABA (American Bar Association). American Bar Association House of Delegates, *Delegate Handbook*, Chicago, IL, 2011. Report to the House of Delegates Resolution 125 (revised August 6, 2011), In. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house\\_of\\_delegates/final\\_new\\_delegate\\_handbook\\_2011\\_2012.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/final_new_delegate_handbook_2011_2012.authcheckdam.pdf)

43 Virginia Code, Sect. 8.01-225.02(West 2014). *Certain liability protection for health care providers during disasters*.

A. In the absence of gross negligence or willful misconduct, any health care provider who responds to a disaster shall not be liable for any injury or wrongful death of any person arising from the delivery or withholding of health care when (i) a state or local emergency has been or is subsequently declared in response to such disaster; and (ii) the emergency and subsequent conditions caused a lack of resources, attributable to the disaster; rendering the health care provider unable to provide the level or manner of care that otherwise would have been required in the absence of the emergency and which resulted in the injury or wrongful death at issue. Ma in tale direzione muovono anche il Del. Code Ann. tit 20, § 3129 (West 2007); Iowa Code Ann. § 135.147 (West 2007); Louisiana Stat. Ann. § 29:771(B)(2)(c) (2003).

44 42 U.S. Code § 247d–6d – *Targeted liability protections for pandemic and epidemic products and security countermeasures*.

*harm caused by an act or omission of the professional in the provision of health care services during the public health emergency with respect to Covid-19*<sup>45</sup>. Ovviamente, l'esenzione non si estende ai casi di *reckless misconduct* o di grave violazione dei diritti del paziente, sebbene poi la dinamica probatoria sia pur sempre aggravata dal contesto nel quale il danno si è prodotto. Per quanto radicale possa apparire la direzione seguita dal legislatore americano (ma comune anche a quello francese) suggella una scelta motivata dalla preoccupazione di contenere i rischi di *defensive medicine* e crescita di azioni di responsabilità destinate ad avere inquietanti riflessi assicurativi<sup>46</sup>.

A ben vedere, anche al di là di queste tensioni e al netto di giudizi di natura socio-giuridica sul tipo di strategia adottata, bisogna riconoscere che nelle azioni di responsabilità medica, il *plaintiff* deve pur sempre persuadere una giuria che il professionista ha tenuto una condotta negligente, causando il danno. Nel caso del Covid-19, la trasmissione virale rimane possibile anche quando il medico abbia confermato la sua condotta a quel *legal standard of care* di cui si diceva, rendendo difficile distinguere, in punto di responsabilità, fra fattori umani e naturali che hanno causato l'evento. Tanto meno, l'individuazione della *proximate cause*, che assorbe sia la causalità materiale sia quella giuridica, in luogo del test *but for* (pure utilizzato in alcune corti) appare agevole in presenza di vettori asintomatici, non prevedibili fattori di trasmissione del virus, un variabile periodo di incubazione etc.<sup>47</sup>. Non è tutto. Se, infatti, una causa concomitante, come ad esempio una malattia polmonare preesistente (o altro grave quadro patologico associato) non è circostanza da sola sufficiente ad escludere la responsabilità, è anche vero che, in ipotesi di concorso causale, le caratteristiche sconosciute del virus, associate a condizioni di comorbidità, appaiono rendere ancora più oscuro il quadro probatorio, in punto di prova della causalità o dell'individuazione di una responsabilità concorrente<sup>48</sup>. Esiti del genere, come è

45 Sect. 3215, Part III, *Coronavirus, Aid, Relief, and Economic Security Act*, Pub. L. No. 116-136, § 3215, 134 Stat. 281, 374-75 (2020).

46 M. J. Saks, S. Landsman, *The Paradoxes of Defensive Medicine*, in "Health Matrix", n. 30, 2020, pp. 29 ss. Per l'esperienza italiana si rinvia alle riflessioni di C. Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, in "Resp. civ. e prev.", 2016, p. 32.

47 Si rinvia sul punto, considerata l'impossibilità di dar conto della ricca produzione in tema, ad una delle opere più classiche in tema, H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, *passim*; D.B. Dobbs, P.T. Hayden, E.M. Bublick, *Hornbook On Torts*, West Academic Publishing, § 9.5 (2d. ed. 2016).

48 Sul "principio della commisurazione dell'obbligo risarcitorio all'efficienza causale della condotta del danneggiante" nell'ordinamento italiano, cfr., Cass., sentenza n. 15991/2011.

ovvio, non investono le case di cura e tanto meno alterano il quadro delle responsabilità nel caso di decisioni volte a posticipare trattamenti medici elettivi<sup>49</sup>. Che, comunque, il vero nervo scoperto delle azioni di responsabilità rimanga quello causale è lampante, ed è profilo, questo, che è ben chiaro agli stessi giudici italiani in Cass. n. 18392/2017. Il giudizio non è reso, ovviamente, in un contesto quale quello della pandemia, ma il riferimento fatto al *doppio ciclo causale* si fonda su un ragionamento che si presta a gestire il quadro delle responsabilità per i danni conseguenti a siffatta situazione di emergenza. Quel richiamo serve ai giudici per sottolineare che alla prova dell'evento dannoso (prova che, a monte, incombe al paziente) si affianca, a valle, la prova (liberatoria) da parte del debitore/danneggiante dell'impossibilità di adempiere. Per la Cassazione la dimostrazione della causa sconosciuta resta a carico dell'attore “relativamente all'evento dannoso”, laddove grava il convenuto in relazione alle circostanze concrete che hanno inciso sulla possibilità di adempiere. Per cui nei casi in cui rimane incerta la causa del danno ovvero, per contro, non si riesce a dimostrare l'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli si producono e rimangono rispettivamente in capo al paziente o alla struttura<sup>50</sup>. Il che, da un punto di vista operativo, null'altro significa se non che, in caso di eventi eccezionali e non controllabili, dimostrare che la condotta medica è all'origine del danno è tutt'altro che agevole. Di tutto ciò sembra rendersi ben conto il legislatore americano il quale, piuttosto che lasciare le parti libere di sfidarsi per accertare la responsabilità, ha preferito indirizzarsi verso un modello esonerativo della stessa, salvo ovviamente casi di colpa grave.

Sulla direttrice segnata dagli interventi normativi di cui si diceva (*PREP ACT* e il *CARES Act 2020*) si sono accomodati una buona parte degli Stati

---

49 R.G. Spece, *COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships*, in *Arizona Legal Studies*, cit., p. 13.

50 Cass. civ., sentenza n. 18392/2017, in “Foro it.”, n. I, 4, 2018, p. 1348. I giudici osservano che in discussione non è “il mancato rispetto della regola (preesistente) di esecuzione esperta della prestazione professionale quale obbligazione di comportamento, ma la scelta di agire in un modo piuttosto che in un altro che sarebbe stato efficace ai fini della prevenzione della causa che ha reso impossibile la prestazione. Tale causa resta non imputabile se non prevedibile ed evitabile. La colpa del debitore risiede non nell'inadempimento, che è fenomeno oggettivo di mancata attuazione di una regola di comportamento (ed in particolare della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale), ma nel non aver impedito che una causa, prevedibile ed evitabile, rendesse impossibile la prestazione”. Nel caso di specie si trattava dell'azione intentata dalla moglie per la morte del marito avvenuta nel corso di un intervento chirurgico; Cass. civ., sentenza n. 28991/2019, in “Resp. civ. prev.”, n. 1, 2020, p. 193.

americani che, con l'eccezione di alcuni (cfr. nota 43), hanno assunto *orders* o provvedimenti temporanei per fronteggiare la situazione di emergenza, privilegiando così una *health care policy* volta a controllare gli sviluppi esponenziali della *medical litigation*<sup>51</sup>.

Certo, sullo sfondo, resta il fatto che i reparti di emergenza, durante i picchi di pandemia, siano stati invasi e l'assistenza ai pazienti minacciata dalla carenza di personale, attrezzature (DPI), letti di terapia intensiva (ICU) e ventilatori rendendosi necessarie quelle scelte tragiche di cui è discorso nella stessa raccomandazione della italiana SIAARTI (cfr. *supra* nota 3). Qui le tradizionali regole di responsabilità sembrerebbero però riespandersi e non del tutto impossibile si prospetta una azione di responsabilità volta a dimostrare una condotta colposa del medico. Anche in questi casi, tuttavia, verificare se il medico abbia agito o meno nel rispetto di un principio di *reasonableness* è questione che va pur sempre definita alla luce delle circostanze concrete. E, come osserva Siegler, "*it's a narrow gray line. Nobody knows how we would react under extreme circumstances*"<sup>52</sup>.

### 3. Segue: l'approccio inglese e la clinical negligence

La lezione americana – pur a fronte di una medesima circostanza – non attraversa l'oceano e non investe tutta l'Europa. Sicuramente non si estende all'esperienza inglese che non cede alle lusinghe di una *immunity from liability*. La *clinical negligence* si offre alla riflessione del giurista come filtrata da un *case law* che si è andato accumulando negli anni e che si fonda su criteri la cui flessibilità continua a fornire, anche in questa situazione di emergenza, un valido schema di riferimento. Ed invero *duty of care*, *breach of that duty*, *causation* seguitano a rappresentare l'asse portante di un sistema di responsabilità il cui perno è rappresentato dal fatto che nelle azioni di responsabilità medica occorre pur sempre verificare se il medico "*has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art*" (*Bolam v Friern*

51 B. Grey, S. Orwoll, *Tort Immunity in the Pandemic*, in "Ind. L.J. Supp.", n. 1, 2020, pp. 71 ss.; D. Hyman, C. Silver, *The Poor State of Health Care Quality in the U.S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution?*, in "Cornell L. Rev.", n. 90, 2005, p. 949; S. Burris, S. de Guia, L. Gable, D.E. Levin, W.E. Parmet, N.P. Terry, *Assessing Legal Responses to COVID-19*, cit., p. 201.

52 D. Grady, *Medical and Ethical Questions Raised on Deaths of Critically Ill Patients*, in "N.Y. Times", July 20, 2006; R. G. Spece, *COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships*, in "Arizona Legal Studies", cit., p. 23.



*Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 583, at 587). La diligenza della condotta è quindi misurata alla luce di quanto accettato dalla pratica medica, senza che l'esistenza di contrari approcci possa influire sul quadro delle responsabilità.

L'*accepted standard of care* è oggettivo e si riferisce a ciò che un uomo ragionevole farebbe nelle stesse circostanze. L'*uomo ragionevole* è il professionista competente che si suppone abbia una conoscenza adeguata della scienza medica e competenze rilevanti per l'assistenza sanitaria. Laddove il livello di conoscenza e abilità è collegato alla posizione ricoperta dal medico in un ospedale o in altre strutture sanitarie<sup>53</sup>. Né la adozione di *guidelines*, da parte del *National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE)*, condiziona il modo in cui giudici inglesi guardano alla *medical malpractice*. Certo la individuazione di prassi che abbiano ricevuto una generale approvazione e la possibilità di controllarne l'applicazione sono indicative di una *good practice* che accresce la costruzione di un rapporto di fiducia con il paziente. E tuttavia protocolli terapeutici attenti, messi a punto e applicati sotto il rigoroso controllo del *National Institute for Health and Clinical Excellence*, pur intesi a restituire una immagine di trasparenza, efficienza e affidabilità della pratica medica, devono considerarsi al pari di mere *guidelines* and not “*tramlines*”<sup>54</sup>. Ma vi è altro.

In *Mulholland v Medway NHS Foundation Trust* [2015] EWHC 268 (QB) i giudici si preoccupano di definire ulteriormente lo *standard of care*, sul presupposto che il contesto nel quale vengono rese le cure è tutt'altro che irrilevante ai fini della responsabilità<sup>55</sup>. Ne consegue che quel passag-

53 *Wilsher v Essex Health Authority* [1987] Q.B. 730, dove i giudici hanno ritenuto che “*the length of experience of the clinician was not relevant, and the duty of care related not to the individual but to the post they occupied*”. P. Giliker, Tort. 6th edn. London 2017.

54 *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 20 (QB), par. 79. Sul punto altresì, Department of Health, *A Commitment to Quality, a Quest for Excellence* (HMSO 2001). D'altra parte, la *Sect. 18 dell'Health Act 1999*, prevede espressamente l'adozione di linee guida da parte del NHS. Su questi aspetti e sul rilievo delle linee guida, S.H. Woolf, *An Organised Analytical Framework for Practice Guideline Development: Using Analytical Logic as a Guide for Reviewing Evidence, Developing Recommendations and Explaining the Rationale*, in K. McCormick, S.R. Moore, R. Segal (a cura di). *Methodology Perspectives*, United States Department of Health & Human Services Agency for Health Care Policy and Research, 1994, p. 105.

55 “The assessment of breach of duty is not an abstract exercise but one formed within a context – which here is that of a busy A&E where the task of the triaging nurse is to make a quick judgment call as to where next to send the patient”.

gio dal *Bolam test* alla *Bolitho doctrine*<sup>56</sup> – onde agganciare la responsabilità alla violazione oggettiva dello *standard* di cure esigibile – non esclude che occorra pur sempre guardare alle circostanze concrete nelle quali la prestazione è resa<sup>57</sup>. Di tanto si percepisce chiaramente la portata in *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 20 (QB)<sup>58</sup> in cui i giudici valutano la condotta medica alla luce delle *practical difficulties* “in the real world”. Che questa sia, dunque, la direttrice su cui si incammina il sistema inglese trova altresì dimostrazione in *FB v Princess Alexandra Hospital NHS Trust*<sup>59</sup> dove i giudici si sforzano di dimostrare come lo *standard of care* nelle azioni in *negligence* sia quello del 1) *reasonably competent professional* 2) *of the same level* 3) *within the same department*. La pressione dell'emergenza del Covid-19, creando ai medici un ambiente *ostile* nel quale lavorare, incide sotto il profilo dello *standard* di cure esigibile, a dispetto di quanto stabilito in controverse o inesistenti linee guida. Non per questo la pandemia può reputarsi una condizione che attribuisca al medico la possibilità di tenere una condotta non ispirata ai canoni della diligenza.

Ne consegue, perciò, che è il contesto in cui il medico è concretamente chiamato ad operare – in uno con il livello di qualificazione posseduta – a segnare le coordinate della responsabilità. Per cui se il medico è stato preposto allo svolgimento di funzioni che non rispecchiano il suo attuale livello di qualificazione (come può accadere nel caso di medici chiamati a risolvere problemi di carenza di personale o anche dell'attività prestata da volontari) sarà in seguito la struttura ospedaliera a dover rispondere

56 M. Brazier, J. Miola, *Bye Bye Bolam: a Medical Litigation Revolution?*, in “Med. L.R.”, n. 8, 2000, p. 85; A. Samanta e J. Samanta, *Legal Standard of Care: a Shift From the Traditional Bolam Test*, in “Clinical Medicine”, n. 3, 2003, p. 443.

57 S. Maratos, J. Hovington, *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust: the role of NICE Guidelines in clinical negligence cases*, accessibile a <https://tinyurl.com/yda2m7jn>.

58 Osserva Justice Lambert che “*The Guidelines are a practical tool to be used in conjunction with clinical management. The only way in which the Guidelines are intelligible and workable is if the reasonable obstetrician also exercises his or her own judgement to assess the appropriate response to the trace as a whole*”. In *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821, per Lord Goff “*if a doctor acts in accordance with the medical practice now being evolved by the Medical Ethics Committee of the BMA, he will be acting with the benefit of guidance from a responsible and competent body of relevant professional opinion, as required by the Bolam test*”, e analogamente in *Burke v. General Medical Council (defendant) and Disability Rights Commission (interested party) and the Official Solicitor (intervenor)* [2005] E.W.C.A 103.

59 [2017] EWCA Civ 334.

dei danni conseguenti all’aver destinato il personale allo svolgimento di funzioni che egli non era in grado di svolgere. Qui il *rescuer principle* (da tempo accolto dalle Corti inglesi)<sup>60</sup> serve da protezione e guida della condotta medica e vale ad evidenziare che il *defendant* ha un *duty of care*<sup>61</sup> nei confronti della persona che sta salvando ma che “*if a person embarks upon a rescue, and does not carry it through, he is not under any liability to the person, to whose aid he has come so long as discontinuance of his efforts did not leave the other in a worse condition than when he took charge*”<sup>62</sup>.

Nella stessa direzione, è la valutazione della responsabilità in situazioni di penuria di risorse, circostanza la quale, anche quando determina una violazione dell’art. 3 CEDU, difficilmente lascia intravedere la violazione, da parte della struttura, di quel *duty of care* che ne informa l’attività<sup>63</sup>. Laddove è sul *NHS* che il *Coronavirus Act 2020*, a tutela del paziente, rovescia il peso del risarcimento *for health service activity*. Pur in assenza di una specifica previsione normativa (a differenza che negli Stati Uniti), le azioni di responsabilità per *clinical negligence* non sembrerebbero avere prospettiva a causa sia dell’adeguamento alle circostanze dello *standard of care*, sia del rilievo attribuito a quel “*rescuer principle*” di cui si discorreva che consente di valutare con minore rigore la condotta medica in circostanze estreme<sup>64</sup>.

Le notazioni appena effettuate valgono l’attenzione alla luce di un confronto con quanto produce, sugli stessi versanti, il diritto americano. Pur all’interno di una medesima tradizione giuridica, il disallineamento circa il tipo di risposta da offrire a fronte di una medesima situazione appare ineluttabile. Ha molto a che vedere con il diverso contesto culturale, eco-

---

60 A. M. Linden, *Rescuers And Good Samaritans*, in “The Modern Law Rev.”, 1971, p. 251 ss. Per il dibattito in tema il rinvio classico è a W.L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 3rd ed., 1964, p. 334; J. Fleming, *The Law of Torts*, 3rd ed., 1965, p. 145. nonché T. Honorè, *Law, Morals and Rescue, The Good Samaritan and The Law* (1966).

61 *Alcock v CCSYP* [1992] 1 AC 310 [1110h].

62 *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent*, [1970] 2 O.R. 487 (C.A.).

63 Nella specie, si trattava dell’ordine di liberare un posto in ospedale per accogliere altro paziente, *University College London Hospitals NHS Foundation Trust v MB* [2020] EWHC 882 (QB).

64 La *Sect. 1* del *Social Action, Responsibility and Heroism Act 2015* prevede che in un’azione di responsabilità, i giudici, oltre ad individuare lo *standard of care* devono (*Sections 2-4*) devono tener conto di tutte le circostanze rilevanti onde verificare se il *breach of duty* sia intervenuto a vantaggio della società o per assistere una persona in pericolo ovvero per proteggere la sua sicurezza o interessi di altre persone in pericolo.

nomico e sociale di riferimento. Non necessariamente conduce ad esiti divergenti.

#### 4. *Segue*: la responsabilité des professionnels de santé et le Covid

La crisi Covid-19 offre anche in Francia un quadro analitico molto interessante e sicuramente rappresenta un formidabile laboratorio per il regime della responsabilità medica, sia pur in teoria ben *equipaggiato* per far fronte alle sfide dell'epidemia.

In Francia – come noto – la contrattualizzazione della responsabilità medica si compie con l'*arrêt Mercier*<sup>65</sup>. Il medico, per i giudici, è tenuto verso il paziente “*a des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science*”, così definendosi i parametri di quella condotta diligente<sup>66</sup> di cui agli artt. 32-33 del Codice deontologico (décret n° 2012-694 du 7 mai 2012). Ciò che fa nascere la responsabilità è, allora la dimostrazione che il medico si sia allontanato da precisi *standard* di cura<sup>67</sup> in un contesto in cui spetta pur sempre all'attore “*de prouver la faute du médecin et le lien de causalité avec le préjudice subi*”<sup>68</sup>.

Il rifiuto della qualificazione contrattuale della responsabilità medica si afferma così attraverso una più recente giurisprudenza della *Cour de cassation* che rivaluta il concetto di *faute médicale* la quale “*soit éthique ou technique, elle consistera donc toujours désormais en la violation d'une*

65 La sentenza del 20 mai 1936, in “*Dalloz*”, 1936, Jur. p. 88, note E.P., Rapp. Josserand, concl. Matter andrà a connotare, come noto, in chiave contrattuale, la responsabilità del medico.

66 Così, per esempio, Cass. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1985, “*Bull. civ.*” I, n. 29; e più di recente, Cass. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2000, *JCP*, 2001, 10.447, note G. Mémeteaux, “*L'obligation pesant sur le médecin est donc de donner à son patient des soins soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science à la date des soins*”. E, ancora, “*La responsabilité médicale nécessite donc, en principe, la preuve d'une faute caractérisée du praticien, laquelle ne peut se déduire de la seule anomalie d'un dommage et de sa gravité*”, Cass. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1998, in “*Dalloz*”, 1999, p. 21, note S. Porchy.

67 Loi 2002-303 du 4 mars 2002 (art. 98, JO 5 mars) introduce nel sistema francese la nozione di riparazione delle conseguenze dei rischi sanitari che si estende ai danni provocati dal medico e a lui imputabili.

68 Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010, no 09-69.195, in *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 19-21 déc. 2010, obs. Perini Mirski. In dottrina, F. Leduc, *Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier*, in *Revue droit civile*, 2011, p. 345.

*obligation déontologique professionnelle de nature extracontractuelle*"<sup>69</sup>. Ed in quest'ottica ancora, è proprio la percezione e il modo di considerare la natura della responsabilità medica a far sì che *"la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient"*<sup>70</sup> in quanto esiste una *"part d'aléa inhérente à tout acte chirurgical"*<sup>71</sup>. Laddove la rinnovata centralità attribuita alla colpa affida la tutela risarcitoria del paziente, anche in caso di danni iatrogeni o infezioni nosocomiali ad una riparazione del pregiudizio a titolo di solidarietà nazionale<sup>72</sup>. La responsabilità, d'altra parte, presuppone una qualche *"défaillance"*, e cioè un non rispetto delle *"règles de l'art médical"*. In una prospettiva di grande attenzione verso il paziente, allorché un *"service public hospitalier est engagée"*, i giudici si avvalgono allora del concetto di *aléa thérapeutique* per introdurre un principio di responsabilità oggettiva ovvero per risar-

69 P. Jourdain, *Le changement de nature de la responsabilité médicale*, in *RTD civ.*, 2011, p. 128; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janv. 2010, n. 09-10.992, in "Dalloz", 2010, p. 1522. Su questi aspetti, per riflessioni in qualche modo prospettiche, V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., p. 326.

70 Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 2000, n. 99-11.735, in "Dalloz", 2001, Somm. 2236, obs. D. Mazeaud; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 2000, n. 99-11.735 in "Bull. civ.", I, n. 287; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 2005, n. 03.16.308, in "Bull. civ.", I, n. 456; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, n. 05-20.974, in "Dalloz", 2008, p. 816, note M. Bacache; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 sept. 2008, n. 07-13.080, in "Gaz. Pal.", n. 2, 2008, Somm. 4147, obs. C. Baby-Gareau.

71 Cass. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1970 ("Bull. civ.", I, n. 34). L. Leveneur, *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation: la recherche de l'équilibre*, in "CCC", 1997, chron. 5. Sulla articolata questione dell'aléa terapeutica, e sul dibattito che ne è conseguito, si rinvia all'analisi di V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., p. 327. Dal canto suo, la loi Kouchner del 3 marzo 2002 ammette all'indennizzazione l'aléa terapeutica ex art. L.1141-1 II del Code de la Santé Publique. I danni coperti sono rappresentati da a) infezioni nosocomiali; b) rischi inerenti ogni tipo di prestazione medica; 3) infezioni iatrogene. L'indennizzo è però subordinato al rispetto di due condizioni, giacché si deve essere in presenza di un'evoluzione anomala dello stato di salute del paziente e il danno deve aver determinato un'incapacità superiore al 24%, o aver compromesso le condizioni esistenziali e/o lavorative del paziente.

72 Sulla rinnovata centralità attribuita in Francia alla responsabilità per colpa ("da dimostrare), tranne che per le infezioni ospedaliere dove essa è presunta. La "aléa terapeutica" non dà luogo a risarcimento, ma, quando comporta conseguenze di una certa gravità apre la strada ad un indennizzo pubblico. Il contenzioso è dirottato verso forme alternative di risoluzione delle controversie. Il peso economico dei risarcimenti viene a gravare su un sistema di assicurazione obbligatoria", V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 2008, p. 329.

cire finanche la “*perte certaine d'une chance incertaine*”<sup>73</sup>. Il parametro di riferimento per valutare – nell’ottica di una riforma che sembrerebbe voler attribuire carattere speciale alla responsabilità medica, pur sempre all’interno della responsabilità civile – la condotta medica rimane, però, quello delle conoscenze scientifiche al momento in cui l’atto medico è stato compiuto; conoscenze della cui corretta applicazione i giudici devono conoscere, ponderando un giudizio che non si appiattisce sulle mere risultanze tecniche<sup>74</sup>. Nel prevedere “[...] *l'exonération de responsabilité des professionnels de santé en cas de dommages résultant des mesures administratives, prise en charge de l'indemnisation des préjudices par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (art. L. 3131-3 et L. 3131-4), recueil de données concernant les victimes (art. L. 3131-9-1), mesures de protection des réservistes (art. L. 3131-10) et dispositions sur l'appel aux volontaires (art. L. 3131-10-1)*”, il legislatore francese – prima del Covid-19 – aveva quindi strutturato un sistema che, rimettendo all’O-NIAM il risarcimento dei danni sopportati dai pazienti, a questi intendeva offrire una ampia tutela in situazioni in cui incerta è la individuazione della colpa<sup>75</sup>. La scelta di ricorrere alla solidarietà nazionale, per le vittime dei danni derivanti dall’applicazione delle misure sanitarie di emergenza, aveva d’altro canto interessato già nel 2010 le vittime vaccinate contro l’influenza A(H1N1). Il legislatore francese con la loi n. 2020-290, nell’utilizzare lo stato di emergenza sanitaria come un esimente per *décharges de responsabilité des professionnels de santé et de l'industriel fabricant pour toute prescription médicamenteuse faite en-dehors des indications* (L. 3131-20 CSP) sembrerebbe, in questo modo, voler introdurre un meccanismo di riparazione dei danni identico al preesistente, con il lodevole obiettivo di proteggere, al tempo stesso, professionisti e pazienti<sup>76</sup>.

73 Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 2010, n° 09-69.195, cit. ove si legge appunto che “*Il est extrêmement difficile de dire si l'évolution eut été différente en cas d'hospitalisation plus rapide. En revanche, si tel avait été le cas, on pourrait dire que le Docteur Y [...] avait fait preuve de soins consciencieux, attentifs et diligents et tel n'est pas le cas*”.

74 Cass. 1<sup>re</sup>, 29 Novembre 2006, 03-16.308, GP 23 Mars 2006, Avis Sainte-Rose.

75 M. Touzeil-Divina, *Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil "d'Etat" et non des collectivités*, in “Journal du Droit Administratif”, 2020, p. 22.

76 Loi n. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JO, 24 mars 2020; rect. 25 mars; Coronavirus: loi d'urgence et autres mesures – Aperçu rapide par la rédaction, La Semaine Juridique Social n. 13, 31 Mars 2020, act. 134; A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in “JCP G”, n.13, 30 Mars 2020, 369, J. Petit, *L'état*

In presenza di una grave minaccia per la salute, la prescrizione o la somministrazione del farmaco (si pensi ad es. all'idrossiclorochina) non si fa fonte di responsabilità per i medici, né questa si estende ai produttori di medicinali, che non possono “essere ritenuti responsabili per i danni derivanti dall'uso di un medicinale al di fuori delle indicazioni terapeutiche o normali condizioni d'uso” (L. 3131-3)<sup>77</sup>.

L'articolo L. 3131-20 in apparenza tranquillizza, perché regala la sensazione che si tratti di un meccanismo che opera a *vantaggio di tutti*, creando le condizioni affinché medici e laboratori possano svolgere il proprio lavoro tranquillamente, sia pur in un contesto di emergenza sanitaria e di incertezza. E, tuttavia, la consacrazione di questo regime di riparazione pone non pochi problemi.

Per un verso la difficoltà di ottenere il risarcimento mette in ombra quel meccanismo virtuoso che il legislatore del 2002 aveva inteso creare. Il difficile riconoscimento dello *status* di vittima di un errore medico, il ruolo giocato dall'*aléa thérapeutique*, la complessa applicazione della teoria della causalità adeguata<sup>78</sup> facendo crescere il numero di controversie, avevano d'altro canto già finito con il contraddire quell'originario spirito di solidarietà nazionale. Le tecniche di mediazione e conciliazione cui mirava lo strumentario di riparazione sociale del danno gestito dall'ONIAM si sono infatti mostrate illusorie a causa del farraginoso funzionamento delle “*commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)*” che ha reso illusoria la declamata socializzazione del danno<sup>79</sup>.

Per l'altro, proprio quel sistema di risarcimento pensato per fronteggiare gli errori medici offre sì protezione al medico, ma solo qualora quella condotta “*a été recommandé ou exigé par le ministre chargé de la santé [...]*”, richiamando in causa protocolli e linee guida, giacché esclusivamente in quel caso il professionista *ne peut voir sa responsabilité engagée* (L.3 131-3) avendo tenuto la condotta “*recommandé*”.

---

*d'urgence sanitaire*, in “AJDA”, 2020 p. 833. Sulla campagna di vaccinazione per la influenza H1N1, Ministre de la Santé des 4 novembre 2009 et 13 janvier 2010 (ONIAM, rapport d'activité 2018, p.36).

77 A. Lami, *Accesso ai medicinali di fronte alle emergenze sanitarie*, “Rev. droit de la famille”, 2020, p. 46.

78 Cass. 1°, 30 marzo 2011, ONIAM c / M. e Mme H..., n. 327669, p. 148; Cass. 1°, 13 settembre 2011, n° 11-12536).

79 Sulla difficile battaglia giudiziaria che ha portato a riconoscere che la narcolessia era stata determinata dalla vaccinazione contro l'influenza H1N1, CAA de Bordeaux, 5 Marzo 2018, req. N. 17BX03135. Altresì, al riguardo, CAA Nancy, 4 luglio 2017, n. 17NC00649; relativo a un infortunio subito durante l'influenza H1N1; CE 4 novembre 2016, n. 397729, CE 27 maggio 2016, 391149.

Il legislatore francese, insomma, sembra avvitarci su sé stesso, creando le premesse per una realtà più complessa di quanto, a prima vista, si sarebbe portati a cogliere. La sensazione è che la discrepanza tra norme, aspettative dei pazienti e pratica medica, non tarderà a manifestarsi sul piano giudiziario, senza che la previsione dell'irresponsabilità possa in concreto operare come vero limite al dilagare di richieste risarcitorie in danno di medici che non si sono attenuti alle raccomandazioni del Ministro della Salute.

Valutazioni di altro segno concludono l'osservazione. La scelta del legislatore italiano sembra, al momento, saggia. Appagato da quella triade *obbligazioni di mezzi/linee guida/art. 2236 cc.* che costituisce l'asse portante della responsabilità medica, il decreto *Cura Italia* non introduce limitazioni di responsabilità, nonostante richieste in tal senso fossero state avanzate da più parti. L'effettivo problema rimane quello delle strutture sanitarie e la loro copertura assicurativa (art. 10 legge Gelli). Il settore, coperto da polizze *claims made*, finirà – come correttamente si è osservato – per subire contrazioni e per prevedere “esclusioni di copertura per tutti i danni derivanti dall'epidemia in corso”<sup>80</sup>. Non pare che, tuttavia, il meccanismo francese della solidarietà sociale sia un modello in grado di rimediare efficacemente a tale eventualità, come l'esperienza d'oltralpe segnala. Né in tale direzione potrebbe assumersi a schema di riferimento quello offerto dalla l. n. 210/1992 che, pensato per danni da vaccinazioni obbligatorie ed emoderivati, non figura in grado di concedere adeguata copertura ai sinistri riguardanti pazienti affetti da coronavirus.

### 5. Covid e ridefinizione dei diritti-doveri del malato: le limitazioni imposte dalla pandemia

L'analisi dei singoli profili in cui si declina l'agire medico nell'era della pandemia apre ad un'altra riflessione: l'inevitabile modifica della posizione del malato quale conseguenza, ulteriore, della rimodulazione di quella del medico e della struttura e, prima ancora, della ridefinizione del contratto di ospitalità. Se, in condizioni normali, l'oggetto dell'accordo tra paziente e struttura (da cui origina poi la relazione con il medico) si sostanzia in una serie di prestazioni non solo diagnostiche e terapeutiche ma anche *lato sensu* alberghiere<sup>81</sup>, durante lo stato pandemico, lo stesso rischia di risultare

80 M. Capecchi, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in “rivistaresponsabilitamedica.it” che, per un'analisi degli emendamenti, rinvia al sito <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/350698.pdf>

81 Sul contratto di ospitalità M. Faccioli, *Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria. Natura, oggetto e disciplina applicabile*, in “Studium iuris”, 2004, pp.



privato (e di fatto è stato privato) di tutte quelle prestazioni che presuppongono, ad esempio, posti in terapia intensiva, dispositivi particolari di cura e ogni altro strumento non disponibile a causa della rilevante richiesta di ricoveri generata dalla pandemia. Una simile situazione di penuria di risorse si è manifestata in momenti temporalmente distinti, ora sin dall'atto del ricovero ora successivamente ad esso, determinando, rispettivamente, una l'impossibilità di adempiere per causa non imputabile originaria o sopravvenuta, con conseguente esonero per il debitore incolpevole (la struttura) da responsabilità. *Ex parte creditoris*, ciò ha significato subire consapevolmente una riduzione delle proprie prerogative, senza poter pretendere l'adempimento con mezzi sproporzionati allo specifico rapporto obbligatorio; mezzi che implicino costi economici, fisici o psichici eccessivi<sup>82</sup>, in ragione delle regole di correttezza che devono improntare, in ogni caso, la condotta del creditore stesso.

In quest'ottica può dirsi che il paziente è, in tutti i sensi, la vera vittima di una pandemia che, nell'incidere significativamente sui suoi diritti, lo ha costretto e lo costringe a decisioni dettate ora dall'urgenza di intervenire ora dalla solitudine alla quale è condannato da un *virus* pericolosamente contagioso. A risentirne è la stessa alleanza terapeutica con il medico, in ragione di un consenso (quello del paziente) sempre più informato ma sempre meno performante alla luce di una informazione resa dal sanitario oltremodo rigorosa e perentoria<sup>83</sup> (art. 1, c 3, l. n. 219/2017) e spesso senza speranza, relativa ad ogni aspetto delle sue condizioni di salute e ad ogni altro elemento riguardante il percorso terapeutico. Ed è proprio la negazione della possibilità di cura, per carenza di trattamenti e dispositivi, e con essa di ogni opzione terapeutica a svilire il consenso e a ridurlo a mera presa d'atto di una situazione drammatica quanto inevitabile. Se, infatti, sua funzione è quella di permettere una partecipazione consapevole al percorso terapeutico, la stessa inevitabilmente si dissolve dinanzi alla dichiarazione del medico che lo inchioda all'assenza di prospettive di guarigione.

---

519 ss.; R. Partisani, *Dal contratto di ospitalità al contatto sociale con effetti protettivi*, in M. Franzoni (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 172 ss.

82 Così A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, Padova, in corso di pubblicazione. Già in precedenza L. Mengoni, *Scritti*, II, in A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi (a cura di), *Obbligazioni e negozio*, A, Milano 2011, p. 180.

83 In merito I. Pizzimenti, *Il diritto di conoscere o di non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell'informazione*, in "Nuove leggi. civ. comm.", 2019, p. 68.

Né in aiuto sovviene il dettato legislativo giacché il legislatore, nel disciplinare la materia ha contemplato il rifiuto alle cure, ma non l'ipotesi del mancato trattamento terapeutico dovuta non già a una scelta del paziente o all'imperizia del medico ma all'oggettiva possibilità di somministrarlo, con un silenzio che si traduce in un vero e proprio *vulnus* alle prerogative del paziente<sup>84</sup>. La giurisprudenza, che, in più di una occasione ha trattato il profilo, scorge a fondamento del dovere di informare e, quindi, del consenso informato la possibilità della cura<sup>85</sup> e non, dunque, la sua obiettiva impossibilità. Nessuna vicenda quanto quella del Covid-19 dimostra, così, come informazione e consenso siano entità distinte e non coincidenti, l'una potendo e dovendo prescindere dall'altro ogniqualevolta l'indifferibilità dell'intervento e la capacità ridotta o assente del paziente non ne consentano l'acquisizione. Nessuna vicenda quanto quella del Covid-19, parimenti, dimostra quanto l'informazione possa risultare pericolosa ogniqualevolta si traduca nella sterile comunicazione della impossibilità della cura. Il solo baluardo contro l'impatto emotivo negativo che simili comunicazioni sono destinate ad arrecare al paziente, in un contesto che non consente di delegarle ad altri, è il ritorno ai principi di gradualità e di appropriatezza in nome dei quali dosare l'informazione e modellarla nei contenuti sulle peculiarità del singolo e della singola condizione. “Il patico e il conoscitivo”, del resto – ricorda il filosofo<sup>86</sup> – non sono due dimensioni diverse: non vi è, infatti, “argomento o attività conoscitiva che si possa separare dall'emotività”. Dinanzi alla catastrofe, così, è solo l'umanità che può segnare la differenza e, nel segnare, restituire dignità alla persona.

---

84 La stessa struttura ospedaliera è tenuta ad assicurare “l'informazione necessaria ai pazienti” nell'ottica appunto di consentire loro una scelta terapeutica e non già in quella opposta di far loro constatare l'impossibilità non solo di una cura ma anche di strumentazioni in grado di prolungarne l'esistenza o di migliorarne comunque la qualità fino ad un inevitabile esito.

85 Si pensi, così, da ultimo a Cass., sentenza n. 17806/2020, in “Ridare.it”, 5 ottobre 2020, che, anche in caso di mera violazione del diritto all'autodeterminazione, subordina il risarcimento dei danni patiti alla prova che il paziente, ove informato, non si sarebbe sottoposto al trattamento, presupponendo, per tale via, che al paziente sia comunque prospettato un trattamento. *Ex plurimis*, in precedenza, Cass., sentenza n. 27751/2013, in “Mass. Giust. civ.”, 2014; Cass., sentenza n. 20806/2009, in “Resp. civ.”, n. 2, 2010, p. 92.

86 A. Masullo, *Riflessioni sulla vita ai tempi della nuova peste*, cit.