

Allegato Tecnico

BREVI NOTE TECNICHE SU INTERVENTO LEGISLATIVO IN TEMA DI RESPONSABILITA' SANITARIA PER PRESTAZIONI RESE IN FASE PANDEMICA

In ragione di speciali disposizioni in deroga di quella generale prevista dall'art. 7 della Legge n. 24 del 2017 in tema di responsabilità medica e sicurezza delle cure, si stanno ipotizzando interventi legislativi direttamente e retroattivamente incidenti su diritti risarcitori già acquisiti nella sfera giuridica della parte lesa per fatti illeciti verificatisi successivamente al diffondersi dell'epidemia.

RETROATTIVITA' ED AMBITI DI COSTITUZIONALITA'

Richiamato l'art. 1 delle preleggi del codice civile la retroattività di una norma è ammessa solo in via del tutto eccezionale ed è sottoposta ad una serie di limiti attinenti alla salvaguardia, tra l'altro, *"di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato allo Stato di diritto ed il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario"* (Corte Cost. n. 69/2014, n. 308/2013, n. 257/2011, n. 74/2008) " (Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 28994 dell'11.11.2019).

Come la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di precisare, il legislatore può intervenire nella qualificazione stessa di un rapporto giuridico, ma soltanto se tale esito non metta in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceva in ragione del suo carattere fenomenologico, ovvero dei beni che esso abbia ad oggetto (pronuncia della Corte EDU del 6 ottobre 2005).

Dovrebbe pertanto essere sottoposta ad un prudente apprezzamento la predisposizione di norme dall'effetto retroattivo che si traducano in sostanziali "disposizioni d'esonero da responsabilità", specie ove disinvoltamente proposte in termini generalizzati, lesivi delle tutele costituzionali della parte lesa.

E' prioritario :

1) Tener conto dei seguenti principi fondamentali dell'ordinamento giuridico:

- dell'art. 2 e dell'art. 28 della Costituzione secondo i quali uno stato di diritto si connota per la responsabilità diretta dei "funzionari e dipendenti dello stato, e per la responsabilità civile dello stato e degli enti pubblici ai quali si conforma"
- ;
- del diritto fondamentale d'azione a tutela dei propri diritti, principio fondamentale di democrazia previsto dall'art. 24 della Costituzione;
- del recepimento del bene-salute, nei suoi aspetti statici e dinamici, quale diritto fondamentale della persona sancito dall'art. 32 della Costituzione.

2) Pervenire ad di un corretto inquadramento giuridico dello stato d'emergenza pandemica.

Si fa riferimento nel caso di specie ad un accidente naturale previsto e regolamentato dalla normativa vigente con il piano pandemico approvato il 9 febbraio 2006 dalla Conferenza Permanente per i Rapporti fra Stato, Regioni e Province Autonome.

Norma peraltro anteriore al Codice della protezione civile¹.

¹ Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 1

La pandemia non è definita nel piano pandemico nazionale, ma il richiamo all'OMS ci riconduce alla definizione comunemente data dall'ente sovranazionale rinvenibile sostanzialmente nella diffusione in tutto il mondo di una nuova malattia e generalmente indica il coinvolgimento di almeno due continenti, con una sostenuta trasmissione da uomo a uomo. **Prescindendo dalla gravità della malattia.**

In conformità alle disposizioni OMS, il Piano Pandemico traccia le linee generali per l'identificazione e il controllo di una eventuale pandemia influenzale con l'obiettivo generale di limitarne l'impatto negativo sulla popolazione italiana².

In tal senso, viene articolato un programma completo ed articolato volto a definire responsabilità ed azioni dal livello statale a quello aziendale dalla fase preparatoria ed organizzativa per giungere, dopo l'allerta pandemica, al periodo pandemico vero e proprio.

Esso è sancito dalla dichiarazione d'emergenza nazionale per patologie virali nelle forme e nei modi previsti dagli art. 7 e 24 del Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

Conseguentemente la pandemia per l'ordinamento giuridico italiano non è evento né imprevedibile né inevitabile in termini assoluti giacché la diffusività dell'epidemia, sino ad un livello pandemico è mediata da un programma di prevenzione, gestione e biocontenimento.

Pertanto, sul versante strettamente giuridico, dal momento della dichiarazione di emergenza nazionale, la pandemia:

- **sul piano dell'organizzazione sanitaria**, non è inquadrabile né quale impossibilità sopravvenuta all'adempimento di cui all'art. 1218 del codice civile, né quale caso fortuito o forza maggiore di cui all'art. 45 del codice penale né come causa giustificativa dell'illecito per stato di necessità di cui all'art. 2045 del codice civile ed all'art. 57 del codice penale se non connesse a mancanze dell'apparato organizzativo³.

- **Sul piano della prestazione sanitaria** rispetto peraltro non alla generalità del cure ed in termini assoluti **ma solo a casi concreti e connessi alla prevenzione, sorveglianza, assistenza e cure dei contagi**, queste ultime a carattere marcatamente emergenziale e sperimentale rispetto alla novità del virus, potranno configurarsi tutte le esimenti innanzi esposte.

Si aggiunge, l'art. 2045 già prevede, il diritto all'indennizzo per il danneggiato nella misura equitativamente determinata dal Magistrato.

Tanto premesso, si osserva come non siano assolutamente compatibile con i limiti d'ammissibilità costituzionale le seguenti opzioni

A) Sostanziale eliminazione della responsabilità per colpa.

In un sistema che ha già esonerato i sanitari dal maggior rigore della responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), rendendo oltremodo difficoltosa la tutela del danneggiato, appare fuori di ogni coordinata etica e giuridica **la sostanziale eliminazione della responsabilità per colpa**. Ed, infatti, come rappresentata nella maggior parte delle proposte sul campo, essa, se non del tutto espunta, non solo viene delimitata alla colpa grave, ma addirittura parcellizzata in singoli casi predeterminati che rasentano una colpa "*più che cosciente*" di chi ben sa quali siano le conseguenze del suo operato. Ci pare inoltre del tutto erroneo **non operare alcuna distinzione tra l'imperizia e le altre ipotesi di colpa per negligenza ed imprudenza proprio in ipotesi nelle quali attenzione e prudenza dovrebbero invece essere massimali.**

² *Why prepare? The objective of pandemic planning is to enable countries to be prepared to recognize and manage an influenza pandemic. Planning may help to reduce transmission of the pandemic virus strain, to decrease cases, hospitalizations and deaths, to maintain essential services and to reduce the economic and social impact of a pandemic.* https://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/WHO_CDS_CSR_GIP_2005_4/en/

³ Il caso fortuito è quell'avvenimento imprevisto e imprevedibile che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente (Cass. 7285/1990); La forza maggiore è la cosiddetta *vis maior cui resisti non potest*, cioè quella forza esterna che determina la persona a compiere un'azione cui questa non può opporsi, stato di necessità quando l'agente è stato costretto dalla necessità di salvare se' o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato **ne' era altrimenti evitabile,**

Così disponendosi, a fronte dell'onere di una vera e propria *probatio diabolica* scaricata sul danneggiato, qualsivoglia tutela risarcitoria verrà ridotta ad una **chimera**.

Addirittura si legge della proposta di delimitazioni del dolo al solo dolo diretto escludendo le ipotesi di dolo eventuale. Ed allora appare evidente che al dato formale si accompagna un dato sostanziale ancor più grave e tranciante di esonero totale di responsabilità foriero d'incostituzionalità palese.

Non si tiene inoltre conto dell'art. 1228 c.c. che potrebbe comportare in caso d'esonero di responsabilità dell'ausiliare, anche quella della struttura sanitaria.

B) Generalizzazione assoluta dell'esonero di responsabilità

Eguale non è costituzionalmente ammissibile una generalizzazione assoluta dell'esonero di responsabilità così realizzato.

Pertanto non si comprende ed è irragionevole :

I. Il riferimento indistinto a tutte le ipotesi di responsabilità per prestazioni sanitarie eseguite *durante*, e non *a causa*, dell'emergenza sanitaria nazionale.

Ed infatti se è assolutamente ragionevole ed equo tutelare gli operatori sanitari per l'attività di prevenzione cura ed assistenza prestata per i contagi, non lo è estendere tale tutela pure a prestazioni sanitarie non direttamente connesse all'epidemia, e che non hanno conosciuto alcuna difficoltà o complicazione tecnica particolare.

II. L'estensione dell'esonero della responsabilità al personale dirigenziale ed amministrativo in alcuni casi con menzione espressa addirittura del "*datore di lavoro*" e quindi, implicitamente od espressamente, delle strutture sanitarie rappresentate.

Il punto merita un'approfondita riflessione, essendo paradossale ed indegno di un paese civile :

- che i titolari degli obblighi di protezione possano venir equiparati sul piano della deresponsabilizzazione al proprio personale che avrebbero dovuto proteggere dai contagi

- che in luoghi istituzionalmente deputati alle cure, i pazienti e le loro famiglie debbano affidarsi a soggetti ed organizzazioni che per legge vengono connotati d'irresponsabilità a tutti i livelli sino alla fine dell'emergenza sanitaria.

In merito va richiamata oltre la normativa generale in termini di sicurezza del luogo di lavoro, nonché le molteplici indicazioni circa la gestione del rischio infettivo in ambito sanitario quanto disposto dall'art. 1 della legge n. L. 8 marzo 2017, n. 24:

La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività.

2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

Peraltro la questione pare più politica che giuridica, giacché in linea generale la dirigenza ed il personale amministrativo **sono già protetti dalla normativa vigente rispondendo verso terzi solo per dolo o colpa grave.**

Ribadito quanto espresso dall'art. 28 Cost., la privatizzazione del rapporto di pubblico (D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) non ha innovato la previgente disciplina sulle tre restanti responsabilità, ovvero quella civile, penale ed amministrativo-contabile⁴.

Quindi se si considera che già da lunga data⁵ la giurisprudenza della Suprema Corte ha differenziato la posizione dell'operatore sanitario medico ed il pubblico dipendente, un intervento ad hoc non incorrerebbe in limiti di costituzionalità legati alla specificità dell'intervento per una particolare categoria professionale.

Eguale parrebbe anomala qualsivoglia frammentazione di responsabilità tra pubblica amministrazione e dipendente pubblico quando il definitivo approdo giurisprudenziale è riassumibile nel seguente principio di diritto: « Lo

⁴ Art. 22 e 23 del T.U. sul pubblico impiego ed art. 28 del D.P.R. n.761 del 79.

⁵ Corte di Cassazione sentenza n. 2144 del 1988.

Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del dipendente anche quando questi abbia approfittato delle sue attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle dell'amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che il dipendente esercita o di cui è titolare, nel senso che la condotta illecita dannosa – e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi – non sarebbe stata possibile, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri che, per quanto deviato o abusivo od illecito, non ne integri uno sviluppo oggettivamente anomalo»⁶.

Né appare possibile stabilire, al contrario, la responsabilità esclusiva dell'ente strumentale, con l'implicito o effetto d'auto-assoluzione degli enti pubblici di vertice del SSN e quindi dei soggetti giuridici responsabili dell'intera filiera decisionale dell'organizzazione, delle risorse umane e dotazioni strutturali minime di sicurezza.

Ciò appare di palmare evidenza alla semplice lettura dei piani pandemici esistenti a livello nazionale e regionale che si hanno per richiamati.

Oltretutto, circa l'esatto adempimento della prestazione da parte delle aziende sanitarie pubbliche e private, sarebbe agevole nella condizione data per le stesse dedurre il cd. *factum principis* nascente da disposizioni di enti dello stato centrale e delle regioni.

Pertanto un formalmente riconoscimento di responsabilità esclusiva dell'ente strumentale potrebbe tradursi agevolmente in una deresponsabilizzazione totale dell'intera filiera organizzativa (si pensi alla grave questione della mancanza di adeguati dispositivi di protezione individuale per la mancanza di scorte regionali pregresse).

TANTO PREMESSO

si propone di stabilire ad integrazione della legge della Legge n. 24 del 2017 sulla responsabilità professionale e sulla sicurezza delle cure un art. 7 bis che preveda : *In caso d'emergenza nazionale per pandemia ufficialmente dichiarata ai sensi degli art. 7 e 24 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, si presume, salva la prova contraria, la speciale difficoltà tecnica ai sensi dell' art.2236 c.c. di tutte le prestazioni sanitarie rese per i contagi nell'ambito di piani pandemici e disposizioni nazionali, regionali ed aziendali.*

Prevedendosi in via del tutto eccezionale la portata retroattiva della norma al 31 gennaio 2020, data nella quale è stata dichiarata l'emergenza nazionale oltre un apposito fondo per i risarcimenti nonché per gli indennizzi in tutti i casi connotati da mancanza di responsabilità per caso fortuito, forza maggiore o stato di necessità.

Avv. Carlo Spirito
Referente Commissione per gli aspetti legali
SIS 118

⁶ Corte di Cassazione, sezioni Unite civili, sentenza 16 maggio 2019 n. 13246