



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in
Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura Giuridica Europea
XXXVI ciclo

**RISPOSTE ISTITUZIONALI AI PREGIUDIZI DA *MALPRACTICE* SANITARIA:
TRA RISARCIMENTO DEL DANNO E
ALTERNATIVE DI COMPENSAZIONE *NO-FAULT*.
PROBLEMI E PROSPETTIVE ALLA LUCE DELLA CRISI PANDEMICA**

TUTOR

CHIAR.MO PROF. NICOLA RIZZO

TESI DI DOTTORATO DI

ANDREA VOLPATO

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA RIPARAZIONE DEL DANNO SECONDO LA LOGICA INDENNITARIA

<u>PARTE I – L’indennizzo e le sue espressioni codicistiche</u>	7
1. Indennizzo, indennità e risarcimento: una premessa in ordine al « ginepraio semantico » dei rimedi di riparazione di tipo pecuniario	7
2. I tentativi di sistematizzazione operati in dottrina: la teoria dell’atto lecito dannoso ..	12
3. Una tassonomia delle fattispecie indennitarie contenute nel codice civile	17
4. L’incerto rapporto tra l’atto lecito dannoso e la responsabilità aquiliana	25
<u>PARTE II – Al di fuori del codice: in particolare, i fondi di indennizzo</u>	33
5. La legge 25 febbraio 1992, n. 210	33
5.1. Il processo di origine	35
5.2. L’approvazione e la successiva stratificazione normativa	38
5.3. Risarcimento del danno e indennizzo	44
5.3.1. La ricerca di un criterio di raccordo: il bivio tra cumulo e scorporo	48
6. L’indennizzo erogato dai Fondi di garanzia	55
7. Altre <i>variae figurae</i> di piani compensativi (statali)	58
<u>PARTE III – L’infortunistica sul lavoro: un sistema combinato di riparazione del danno</u> .	60
8. Il danno alla persona cagionato da un infortunio sul lavoro: alcune coordinate normative.....	60
9. L’obbligo assicurativo, l’esonero (e la sua crisi)	63
10. Le caratteristiche e le modalità operative del Fondo INAIL	67
11. La disciplina antinfortunistica e i suoi rapporti con la responsabilità civile: un’occasione di riflessione	76

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ SANITARIA NEL PRISMA DELLA SICUREZZA SOCIALE:

RICOGNIZIONE DELLO STATO DELL’ARTE

1. Le ragioni per un intervento in ambito sanitario (con una premessa)	83
2. Le reazioni: la deflagrazione della medicina difensiva. La legge n. 189/2012	103
3. L’approvazione della riforma Bianco-Gelli: le scelte del legislatore	112
3.1. I regimi di responsabilità	114
3.2. Il danno risarcibile	124
4. Un commento sugli esiti della positivizzazione: un sistema complesso di risposta al danno iatrogeno	130

4.1. L'obbligo assicurativo in campo medico	132
4.2. L'azione diretta	138
4.3. Il fondo di garanzia	140
4.4. (Anche) dal formante giurisprudenziale alcuni segnali di sicurezza sociale? La riscoperta dell'art. 2057 c.c.	142
5. Una sintesi	147

CAPITOLO TERZO

UN NUOVO METODO DI RIPARAZIONE DEL DANNO: I *NO-FAULT COMPENSATION FUNDS*.
ANALISI DELL'ESPERIENZA COMPARATIVISTICA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA

<u>PARTE I – Introduzione al sistema dei <i>compensation funds</i></u>	<u>149</u>
1. Prologo: il declino del modello colposo	150
2. Alcune premesse a proposito dei <i>no-fault compensation funds</i>	156
3. Origine, dinamica e ambito di applicazione dei fondi indennitari: le carenze del paradigma aquiliano	167
3.1. Tassonomia e ambito di applicazione dei fondi indennitari	172
4. Luci ed ombre del modello indennitario: uno sguardo ai danni da atto medico	174
4.2. Fondi indennitari alla prova dei diritti fondamentali (uguaglianza e difesa)	189
<u>PARTE II – I (primi) cinquant'anni del <i>no-fault accident compensation scheme</i> neozelandese.....</u>	<u>193</u>
5. Premessa: introduzione e perimetro dell'indagine	193
6. Origine e sviluppo dell' <i>Accident compensation scheme</i>	194
6.1. Gli esordi (1967): il <i>Woodhouse Report</i> e i suoi principi guida.....	194
6.2. L'approvazione dell' <i>Accident Compensation Act 1972</i> e le successive riforme	204
7. L'attuale disciplina dell' <i>ACC Scheme</i>	212
7.1. L' <i>Accident Compensation Corporation</i>	212
7.2. Il finanziamento del Fondo (" <i>Funding</i> ").....	213
7.3. I destinatari (" <i>Cover</i> ").....	215
7.4. La compensazione (" <i>Entitlements</i> ").....	216
7.5. La procedura e i suoi gravami (" <i>Claims process</i> " e " <i>Dispute resolution</i> ")	218
8. I danni da <i>medical treatment</i>	220
8.1. Le riforme: dalla nozione di " <i>medical misadventure</i> " a quella di " <i>treatment injury</i> ". Il ridimensionamento del ruolo della colpa	221
8.2. Una nuova disciplina per il danno da trattamento sanitario: genesi ed obiettivi dell' <i>Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2005</i> . Il superamento della " <i>blaming culture</i> "	229
8.3. « Treatment injury is a personal injury »	233
8.3.1. La nozione di « personal injury... caused by an accident »	235

8.4. «...suffered by a person seeking treatment [...] or receiving treatment [...] or referred to in subsection (7) ». La nozione di “Registered health professional”	240
8.5. « Treatment »: la nozione di trattamento medico	242
8.5.1. « Treatment includes [...] a failure to provide treatment, or to provide treatment in a timely manner »; « Treatment injury means personal injury that is [...] not a necessary part or ordinary consequence, of the treatment [...] »: segnali normativi di un ritorno alla colpa?	243
8.6. « caused by...»; « [...] wholly or substantially caused by a person’s underlying condition »; « [not achieving] a desired result »: il paziente deve provare il nesso causale (“causation”).	250
9. Il perimetro esterno all’ACA	254
9.1. “Illness” vs. “accident”	254
9.2. L’esclusione della <i>common law action</i>	255

PARTE III – Il sistema francese di *indemnisation des accidents médicaux*: un parziale ricorso al metodo *no-fault* (cenni)

10. Il <i>fonds d’indemnisation</i> introdotto dalla <i>Loi Kouchner</i> (4 marzo 2002)	258
11. L’ONIAM e la procedura d’indennizzo	260
11.1. I criteri di accesso e il perimetro del fondo indennitario	262
11.2. Fondamento e quantificazione dell’indennizzo	264
12. Il regime ordinario (ma bipartito) di responsabilità civile (cenni)	265
12.1. In particolare: le infezioni nosocomiali	266
13. Conclusioni: il sistema belga di riparazione del danno da atto sanitario	268

CAPITOLO QUARTO

L’APPLICAZIONE DEI FONDI INDENNITARI

AI CASI DI RESPONSABILITÀ SANITARIA DA COVID-19:

RAGIONI PER LA RICERCA DI UNA *BETTER RULE*

1. L’emergenza pandemica da Covid-19: “stagione” transeunte della responsabilità sanitaria	271
2. La (pretesa) autosufficienza delle regole di responsabilità civile	275
2.1. La responsabilità dell’esercente “strutturato”	275
2.2. La responsabilità delle strutture ospedaliere	280
2.3. Le proposte avanzate e le reazioni della giurisprudenza	284
2.3.1. Un caso di “ <i>mass tort litigation</i> ”? Spunti sull’applicabilità della tutela di classe	286
2.3.2. Le proposte formulate dalla dottrina	288
2.3.3. Le (prime) risposte della giurisprudenza	291
3. Una possibile soluzione: il ricorso al metodo dei <i>no-fault compensation funds</i>	293

3.1. Quale fondamento? Il principio di solidarietà sociale.....	294
3.2. Le funzioni del “Fondo indennitario Covid-19”: tra compensazione e deterrenza	303
3.3. Alcuni nodi da sciogliere.....	314
3.3.1. Il funzionamento del Fondo	314
3.3.2. Cumulo o alternative tra rimedi	321
CONCLUSIONI	326
BIBLIOGRAFIA	331

CAPITOLO PRIMO

LA RIPARAZIONE DEL DANNO SECONDO LA LOGICA INDENNITARIA

SOMMARIO. PARTE I – L’INDENNIZZO E LE SUE ESPRESSIONI CODICISTICHE. 1. Indennizzo, indennità e risarcimento: una premessa in ordine al « ginepraio semantico » dei rimedi di riparazione di tipo pecuniario – 2. I tentativi di sistematizzazione operati in dottrina: la teoria dell’atto lecito dannoso – 3. Una tassonomia delle fattispecie indennitarie contenute nel codice civile – 4. L’incerto rapporto tra l’atto lecito dannoso e la responsabilità aquiliana.

PARTE II – AL DI FUORI DEL CODICE: IN PARTICOLARE, I FONDI DI INDENNIZZO. 5. La legge 25 febbraio 1992, n. 210 – 5.1. Il processo di origine – 5.2. L’approvazione e la successiva stratificazione normativa – 5.3. Risarcimento del danno e indennizzo – 5.3.1. La ricerca di un criterio di raccordo: il bivio tra cumulo e scorporo – 6. L’indennizzo erogato dai Fondi di Garanzia – 7. Altre *variae figurae* di piani compensativi (statali).

PARTE III – L’INFORTUNISTICA SUL LAVORO: UN SISTEMA COMBINATO DI RIPARAZIONE DEL DANNO. 8. Il danno alla persona cagionato da un infortunio sul lavoro: alcune coordinate normative – 9. L’obbligo assicurativo, l’esonero (e la sua crisi) – 10. Le caratteristiche e le modalità operative del Fondo INAIL – 11. La disciplina antinfortunistica e i suoi rapporti con la responsabilità civile: un’occasione di riflessione.

PARTE I – L’INDENNIZZO E LE SUE ESPRESSIONI CODICISTICHE

1. Indennizzo, indennità e risarcimento: una premessa in ordine al « ginepraio semantico » dei rimedi di riparazione di tipo pecuniario

Come premessa alla presente trattazione, è necessario muovere da una ricostruzione delle diverse tipologie di misure pecuniarie di compensazione del danno. Il riferimento è, più precisamente, alle fattispecie dell’indennizzo e, almeno secondo l’orientamento che ne sancisce autonoma dignità dogmatica, come si avrà modo di riferire *infra*, dell’indennità.

Trattasi di strumenti tradizionalmente ritenuti alternativi ovvero concorrenti rispetto all’illecito aquiliano, la cui disamina si impone doverosa in quanto impiegati a valle di quelle logiche di riparazione variamente definite di “sicurezza sociale”, che saranno oggetto della trattazione.

L’urgenza di una chiarificazione di questi istituti è, ad un primo sguardo, anzitutto semantica: a tal proposito è sufficiente osservare come, secondo autorevole dottrina, (non isolatamente) critica rispetto all’operato del legislatore, « il termine “indennizzo” [venga] impiegato al posto del più corretto termine “risarcimento”, il termine “indennità”, invece, con strabiliante eclettismo, è deputato ad intendere talvolta un “risarcimento”, talaltra un “indennizzo” »¹.

¹ Così, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1062, al quale deve attribuirsi l’icastica espressione, sopra menzionata, di « ginepraio semantico » (*ivi*). Il carattere generico e polivalente del termine “indennizzo” è altresì valorizzato da C. PRUSSIANI, *La tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità: tra antichi dibattiti e nuove prospettive della fattispecie indennitaria*, in *Contr. impresa*, 2023, 277 ss.

Il disordine paventato non si arresta, tuttavia, al mero dato lessicale, poiché foriero di più ampi equivoci, forse espressione della scarsa attenzione destinata al tema, quantomeno in sede legislativa.

In effetti, uno sforzo di razionalizzazione dell'indennizzo e, in particolare, delle cc.dd. prestazioni pecuniarie da atto lecito dannoso – *genus* nel quale attenta dottrina riconduce le varie previsioni indennitarie² – si comprende proprio in ragione dell'attuazione di interventi normativi che, pur non isolati, appaiono tuttavia singolari e mirati nonché, ad uno sguardo complessivo, rinunciari rispetto a (più) ambiziosi obiettivi di sistema.

A fronte di un quadro normativo così frammentario ed incerto, in letteratura si assiste ad un pluralismo di indirizzi ricostruttivi, i quali da tempo si sono confrontati in ordine all'opportunità di individuare tratti in grado di accumunare le previsioni legislative di indennizzo – così distinguendolo, se del caso, dall'obbligazione risarcitoria –, per procedere così, con maggiore agio, ad una loro sistematizzazione dogmatica.

Anzitutto occorre constatare come, nonostante la ricorrenza tanto nel codice quanto nella legislazione speciale di molteplici sue traduzioni particolari, della categoria dell'atto lecito dannoso non è offerta alcuna espressa definizione³. Diversamente da quanto accade per la responsabilità di diritto civile, retta dal solido argine dell'art. 2043 c.c., difetta, nel nostro ordinamento, una « previsione dai contenuti atipici ed universali »⁴ tale da indurre con facilità alla costruzione di un sistema più ampio in grado di raccogliere (e ricondurre ad unità) le ipotesi normative di atto lecito pregiudizievole, al punto che la configurabilità stessa di una categoria è da tempo oggetto di contestazione.

Al di là dell'assenza di una norma di carattere generale, tale opera di sintesi è resa ancora più ardua dalla circostanza, già cennata, che al termine “indennizzo” e “indennità” si è soliti riferire una pluralità di fattispecie spiccatamente eterogenee per contenuto⁵, funzione⁶ e *sedes materiae*,

² L'espressione si deve a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei « danni punitivi »*, Padova, 2019, 99 ss. La prima teorizzazione dell'atto lecito dannoso, quale categoria dogmatica autonoma, risale invece agli studi di Rubino, su cui v. *infra*.

³ G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, 657.

⁴ Tra i molti, C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2004, 7 ss., alla cui ricca analisi si rinvia.

⁵ In questo senso, S. CICCARELLO, voce *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 99 s., avverte come « nel linguaggio legislativo il termine «indennità» ricorre frequentemente, ma in situazioni così diverse tra loro, da far dubitare che la stessa parola possa corrispondere ad un significato univoco e costante ».

⁶ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 710 ss.

senza considerare, nuovamente, l'atteggiamento di disinvoltura con il quale il legislatore è stato solito riferirsi ai termini indicati, avvertiti come interscambiabili⁷.

Prima ancora che dalla distinzione, ben più rilevante, tra le fattispecie di indennizzo e indennità e di risarcimento, occorre prendere le mosse, anzitutto, da quella che si è talvolta operata tra i concetti di "indennità" e "indennizzo", sebbene si osservi come il legislatore tenda ad utilizzarli in termini sinonimici, in quanto espressivi di una medesima *ratio*⁸.

Secondo una certa lettura, infatti, il termine "indennità", lungi dal costituirne un sinonimo, risponderebbe a funzioni ben distinte rispetto al c.d. "indennizzo" e tale ripartizione di compiti sarebbe avvalorata non solo e tanto dal dato normativo, ma anche dalle indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale⁹.

In senso contrario, è stato riferito che i due termini, in realtà, altro non esprimerebbero se non una « trascurabilissima variante dello stesso sema o semema »¹⁰, tanto sul piano linguistico che su quello di stretto diritto: essi, in altre parole, sarebbero portatori di significati equivalenti.

Circoscrivere la portata dell'indennizzo, per poterlo contrapporre al risarcimento, appare operazione invero più complessa¹¹.

Com'è noto, infatti, « il concetto di indennizzo [...] è stato adoperato dal legislatore in contesti diversi che riflettono altrettanti diversi significati »: esso può intendersi quale « corrispettivo per la perdita o la limitazione di un diritto »; « prestazione derivante dalla conclusione di un

⁷ La scarsa avvedutezza nell'impiego del termine "indennizzo" è avvertita, tra gli altri, da M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 122.

⁸ Cfr. sul punto l'analisi di M.A. MAZZOLA, *op. ult. cit.*, 115 ss.

⁹ In questi termini, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1073 ss.

¹⁰ *Amplius* in D. BONAMORE, *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di "indennità, indennizzo, risarcimento" quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243 ss.

¹¹ Avverte la complessità dell'operazione, tra gli altri, G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 153 ss.: rilevata la varietà di accezioni con cui il legislatore di riferisce al termine ed esclusa la sussistenza nell'ordinamento giuridico di un « preconcetto ispiratore unico », l'A. individua come « nota distintiva comune a tutte le varie ipotesi di indennità » la prestazione di una somma di denaro, pur comprendendo come la stessa sia insuscettibile di differenziare l'indennizzo dal risarcimento. Occorrerà allora distinguere tra loro le diverse fonti generatrici di una misura indennitaria: da un lato, i casi in cui il debitore ha ottenuto il godimento di una energia o di un bene del creditore e, dall'altro, « le ipotesi in cui la prestazione dell'indennità stessa è dovuta per effetto di un danno che il creditore non è obbligato a sopportare ».

contratto » (il riferimento, com'è chiaro, è al contratto d'assicurazione)¹²; o, infine, alla stregua di una « obbligazione risarcitoria, talvolta di tono minore »¹³.

Da ciò discende una conferma, sul piano pratico, di come sarebbe errato ammettere indiscriminatamente la riconducibilità di qualsivoglia fattispecie variamente denominata “indennizzo” o “indennità” al *genus* delle prestazioni pecuniarie da atto lecito dannoso¹⁴, così come sarebbe altrettanto improprio delineare il perimetro di queste ultime a partire dalla prima¹⁵.

Tale avvertenza si spiega lungo una duplice traiettoria: da un lato, infatti, non sempre il legislatore ha cura di definire quali “indennizzo” tutte le prestazioni derivanti da atto lecito

¹² In questo senso anche M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 212, parla di “terza forma” in cui si sostanzierebbe la figura indennitaria: essa attiene « al ‘trasferimento del rischio’ o all’allocazione del rischio secondo il quale l’indennità investe esclusivamente la materia assicurativa (artt. 1882-1932 c.c.), che si muove pur nella confusione tra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale, e come tale anch’essa non idonea a rientrare in una categoria unitaria di r.c. ». Tra le altre due forme, si identifica quella risarcitoria e quella puramente compensativa di una prestazione resa su base volontaria.

¹³ I riferimenti sono tutti all’opera di M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 710 ss. In questo senso, anche R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 594, allorché riferisce che « nel linguaggio del nostro legislatore ed in quello della dogmatica, l’espressione ricorre in effetti più volte, con riguardo a fenomeni o addirittura a materie diverse; così in diritto civile per certe forme di compensazione del pregiudizio, distinte da quella tipica del risarcimento, ed ancora di fronte a fattispecie di responsabilità [...] », come nel diritto amministrativo e, ancora, nel diritto del lavoro.

Lo realizza, tra gli altri, G. GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 349 ss., per il quale il termine “indennità” sarebbe impiegato « dal legislatore secondo accezioni diverse che ne frastagliano il contenuto ». L’A. riconosce che i termini “indennità” e “risarcimento” hanno scambiato la loro funzione. Infatti, “indennità” deriva da “in” e “damnum”, stando dunque a significare la radicale eliminazione del danno; al contrario, “risarcimento”, dal latino “sarcire”, compensare, rappezzare, ricucire. La confusione generata in letteratura, dunque, trova tra le sue (con)cause anche la circostanza che « i due termini hanno assunto ciascuno il significato dell’altro ». Così, anche P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1062 ss.

Contra, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 241 ss., che, sul presupposto della funzione rivestita dall’indennizzo « imposto dalla legge » (segnatamente, « rendere indenne il soggetto già danneggiato, reintegrando pecuniariamente l’interesse leso »), non ritiene di differenziarlo dal risarcimento, sebbene non manchi certo di notare come « fatto produttivo della responsabilità abbia carattere eccezionale, collocandosi fuori dei normali presupposti di questa ».

¹⁴ Ci si riferisce a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 106-108. Con altrettanta prudenza si esprime R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 594; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 149 ss., il quale sottolinea coerentemente che « l’argomento terminologico non prova niente ai fini della individuazione della natura giuridica del fatto che genera l’indennità, dato che l’uso di tale termine non è ispirato da un concetto tecnico avente carattere ben definito ». Così, anche C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 8, che definisce questo atteggiamento del legislatore in grado di aumentare i profili di « confusione, disorientamento, sconcerto ed allarme semantico ». *Contra*, A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 154, secondo il quale il nostro ordinamento « mostra di far uso del termine indennità con piena consapevolezza di rigore tecnico [...] ».

¹⁵ Sul punto cfr. anche M. FRANZONI, *L’illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 1251.

dannoso, ricorrendo viceversa alla variegata terminologia di “valore”¹⁶, “prezzo”¹⁷ o, ancora, “risarcimento”¹⁸. Dall’altro lato, nonostante la denominazione prescelta, il termine “indennità” appare talvolta impiegato dal legislatore non già quale forma di compensazione di un pregiudizio, diverso dal risarcimento, bensì per indicare la produzione di un effetto di un fatto giuridico strettamente inteso (come l’indennità che il titolare del fondo accresciuto per effetto di avulsione deve corrispondere *ex art. 944 c.c.*), di un atto posto in essere da un soggetto diverso rispetto al destinatario dell’obbligo indennitario (*art. 937 c.c.*) o quale corrispettivo in denaro di una controprestazione in ambito negoziale, come, a titolo esemplificativo, l’indennità non provvisoria che il preponente è chiamato a corrispondere all’agente, ai sensi dell’*art. 1751-bis c.c.*, come corrispettivo per l’obbligo di non concorrenza da questi assunto¹⁹.

In definitiva, il sostantivo “indennità” sarebbe allora indicativo di una « terminologia generica quanto approssimata, che vale più che altro a prospettare un possibile sinonimo per una serie di istituti diversi e talora divergenti [...]. Il che sembra troppo poco per attribuire alla nozione un preciso significato teorico »²⁰.

Ora, abbandonata una prospettiva *destruens*, in via di prima approssimazione può rilevarsi come il carattere peculiare dell’obbligo (legale) all’indennizzo risieda nella circostanza che esso segue alla commissione di un fatto sì fonte di pregiudizio, eppure – per il tramite di un’indicazione normativa (più o meno) espressa – non vietato dall’ordinamento giuridico²¹, in definitiva sottratto all’ambito operativo dell’illecito aquiliano, o quantomeno chiamato ad operare in via integrativa.

A fare da sfondo a tutte le ipotesi comunemente riconducibili alla categoria in esame è, in altri termini, l’idea di compensare il sacrificio della sfera giuridico-patrimoniale altrui, eziologicamente riconducibile ad una condotta lesiva non illecita²², per il tramite di una prestazione pecuniaria.

¹⁶ Come rileva C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 107, si tratta, ad esempio, della disciplina recata dall’*art. 935 c.c.* a proposito del “valore” che il proprietario del suolo, avendo eseguito delle costruzioni, piantagioni o, più in genere, opere con materiale altrui (di cui acquista la proprietà in forza dell’accessione), è tenuto a corrispondere a questi.

¹⁷ C. DE MENECH, *op. cit.*, 107, si riferisce al “prezzo” che lo specificatore deve corrispondere al proprietario della materia usata.

¹⁸ C. DE MENECH, *op. cit.*, 107. È il caso, come si vedrà, dell’*art. 81 c.c.* o dell’*art. 1725 c.c.*

¹⁹ Ci si riferisce sempre all’analisi compiuta da C. DE MENECH, *op. cit.*, 106-108.

²⁰ In questi termini, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, cit., 594.

²¹ Cfr. lo studio di C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, III ed., Milano, 2019, 540.

²² In questo senso, sintetizza R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 594, indennità indicherebbe, nel senso più ampio del termine, « ipotesi in cui si è tenuti ad una prestazione in denaro in considerazione del sacrificio, diminuzione o lesione, dell’altrui interesse ».

Alla base della previsione indennitaria emerge a tutta prima la volontà del legislatore di contemperare due situazioni giuridiche parimenti protette, eppure inconciliabili, di talché la sopravvivenza dell'una implicherebbe il necessario svilimento dell'altra; a fronte del soddisfacimento dell'un interesse, la previsione di un indennizzo, dunque, farebbe sì che quello sacrificato ottenga una tutela, sia pur indiretta ed *a posteriori*²³.

Come emergerà più chiaramente dall'analisi delle singole fattispecie, proprio nel contemperamento dell'interesse del danneggiato, dal legislatore ritenuto recessivo (benché meritevole di una qualche attenzione) rispetto alla posizione del danneggiante, si spiega, in conclusione, la volontà di evitare un integrale sacrificio in capo al primo mediante l'imposizione normativa di un obbligo alla corresponsione di una provvidenza indennitaria.

2. I tentativi di sistematizzazione operati in dottrina: la teoria dell'atto lecito dannoso

È a partire dalla fine del XIX secolo che si registrano i primi studi volti all'individuazione di una categoria per le obbligazioni (di fonte legale) nascenti da fatto lecito, in partenza resa complessa tanto dal principio secondo cui « *neminem laedit, qui utitur iure suo* », quanto dall'individuazione di punti di contatto con la più ricorrente categoria dell'atto *illecito* dannoso (il riferimento è all'*illecito* aquiliano), al contempo affermati e smentiti con decisione²⁴.

Fu Rubino²⁵ a teorizzare per primo la riconduzione delle diverse espressioni dell'indennizzo ad una categoria giuridica unitaria, valutata quale « rigorosamente indotta dai dati di diritto positivo »²⁶, – l'atto lecito dannoso – sul presupposto che queste fattispecie fossero tutte avvinte da una medesima caratteristica: l'assenza di un dovere di condotta *preesistente* ed oggetto di violazione ad opera della condotta dannosa; residuerebbero, in ultima analisi, un danno “economico” e una “colpa”²⁷.

²³ Si legga sul punto M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 146 s.: « al primo [interesse] viene offerta una tutela immediata (consentendo l'atto), al secondo una tutela ritardata (consentendo la riparazione del diritto sacrificato). A tale scopo il legislatore prefigura un sistema equilibrato – dopo aver dovuto necessariamente legittimare il disequilibrio iniziale [...] ».

²⁴ Tale indagine conosceva, quale suo principale punto di esordio, la figura dello stato di necessità: ci si interrogava, infatti, in ordine alle tutele da offrire in favore del soggetto danneggiato da un atto ritenuto lecito. Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1892, 276 ss.

²⁵ Ci si riferisce a G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 702 ss. Il lavoro è poi proseguito da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

²⁶ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, 205.

²⁷ Alla pretesa impossibilità concettuale della categoria, fondata sulla necessità aprioristica che non possa aversi colpa senza violazione dell'obbligo risarcitorio preesistente, D. RUBINO, *op. cit.*, 212-213, replica come colpa e obbligo preesistente, oggetto di violazione, costituiscano due elementi individuali e distinti e non sussista alcun

Pur trattandosi di una categoria dall'applicazione dichiaratamente eccezionale²⁸, nel tentativo di delinearne i confini, l'Autore ne individua una *ratio* comune²⁹ nella volontà del legislatore di risolvere un conflitto di interessi tra loro inconciliabili, eppure parimenti meritevoli di protezione, per cui « nessuno [...] appare interamente sacrificabile all'altro »³⁰. Il percorso così tracciato dal legislatore è segnato da un preciso giudizio di valore in ordine al tipo e alle modalità di tutela garantite agli interessi in contrasto e perviene ad un duplice risultato: da un lato, « non subordinare del tutto l'uno all'altro interesse » (consentendo, dunque, il compimento dell'atto, non illecito, dannoso) e, per converso, « riparare i danni prodottisi per l'un subbietto, senza far preventivamente gravare sull'altro un obbligo »³¹.

È agevole rilevare l'indubbio pregio di aver per primo compreso l'apparente antitesi data dalla produzione di un danno giuridicamente rilevante a partire da un atto non illecito, la cui qualificazione in termini di "liceità" pertiene al solo legislatore il quale, mediante un'espressa previsione normativa, sceglie di sottrarre un certo atto o fatto dall'alveo dell'illiceità; concetto, quest'ultimo, che l'Autore tiene distinto da quello, autonomo, dell'antigiuridicità³².

Lo sforzo di sistematizzazione avanzato da Rubino ha incontrato, nel corso degli anni, varie resistenze e tentativi di correzione, di seguito esposti nei loro tratti essenziali.

Per un primo orientamento³³, sarebbe la categoria stessa della responsabilità da fatto lecito ad essere in sé contraddittoria, essendo la responsabilità concettualmente ed intimamente connessa

rapporto di intrinsecità. La risarcibilità nonostante la mancanza dell'obbligo preesistente diviene, proprio al pari della responsabilità oggettiva (ove, invece, difetta la colpa), mera questione lasciata al diritto positivo.

²⁸ In altri termini, si legge in G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, cit., 705, una figura eccezionale « specificatamente ammissibile solo in ordine alle eccezionali norme espresse che l[a] prevedono ».

²⁹ Più precisamente, individua aspetti comuni (e ricorrenti) alle *rationes* delle singole norme appartenenti alla categoria dell'atto lecito dannoso.

³⁰ G. SCADUTO – D. RUBINO, *op. cit.*, 705.

³¹ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., *ibidem*. L'A. rammenta, a titolo esemplificativo, il caso dell'atto compiuto da un soggetto in stato di necessità, il quale, pur non violando un obbligo (in quanto difetta dell'antigiuridicità), chiama l'autore al risarcimento del danno prodotto.

Sul punto, si leggano altresì le considerazioni, nella dottrina amministrativistica, di E. ALLORIO, *Una questione di competenza in tema di danni a concessionario della navigazione su canale pubblico*, in *La vita del diritto in Italia e in Europa*, Milano, 1968, 599. L'A. sostiene infatti la necessità che, in caso di « collisione fra diritti » sia garantito un obbligo di indennizzo, il quale, prescindendo dall'*iniuria*, si colloca al di fuori del terreno della responsabilità aquiliana.

³² Così, G. SCADUTO – D. RUBINO, *op. cit.*, 705. Secondo l'insegnamento di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 17 ss., sarebbe l'assenza di antigiuridicità a costituire elemento impeditivo della responsabilità.

³³ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., 540 ss. In questo senso anche R. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, 625: posto che il fondamento della responsabilità da atto legittimo si differenzia notevolmente dal regime dell'illecito aquiliano « solo impropriamente può essere denominata "responsabilità" ».

all'illecito, elemento viceversa assente nell'ipotesi esaminata. Il fatto lecito dannoso, dunque, andrebbe collocato entro la categoria di fatti idonei a produrre obbligazioni « in conformità dell'ordinamento giuridico » ai sensi dell'art. 1173 c.c.³⁴

Secondo una diversa linea interpretativa – la quale muove dalla necessità di separare la liceità del fatto (cioè dell'azione consistente nell'esercizio del diritto) dalla produzione illecita dell'evento lesivo³⁵ – sarebbe, invece, possibile qualificare le fattispecie indennitarie alla stregua di ipotesi di comune responsabilità aquiliana; ipotesi queste, definite “speciali” in quanto caratterizzate dalla previsione di un indennizzo (in deroga, dunque, al principio dell'integrale riparazione del danno), la cui tipizzazione non legittimerebbe tuttavia la designazione di un'autonoma categoria per l'atto lecito dannoso³⁶.

La (pretesa) distinzione tra l'atto lecito dannoso e la responsabilità civile si fonderebbe, per un altro orientamento, su un presupposto assai dubbio: la diversità di funzioni (rispettivamente, compensativa e sanzionatoria³⁷) esercitate dalle due figure³⁸. La responsabilità da fatto lecito ben potrebbe ricondursi all'illecito aquiliano, allora, laddove quest'ultimo fosse sganciato

Tale categoria costituirebbe una « contraddizione in termini » anche per C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 462, secondo cui « in tale prospettiva vengono in considerazione fattispecie, nelle quali è previsto, come onere per l'uso di un certo diritto, il pagamento di una «indennità», la quale nulla ha a che vedere con il «risarcimento del danno» nella prospettiva della responsabilità civile ». Nell'indennizzo, in altri termini, non si discorre di imputazione, offesa o riparazione della stessa, trattandosi del prezzo da corrispondere per ottenere un certo risultato oppure evitare uno svantaggio.

³⁴ A differenza dei casi di “quasi-contratto”, però, esso sarebbe assegnatario di una funzione meramente indennitaria: il contemperamento dei contrapposti interessi che intrinsecamente connota l'atto lecito dannoso si risolverebbe, infatti, nella riparazione delle conseguenze economiche negative subite da un soggetto in conseguenza dell'esercizio di un diritto ad opera di altri.

³⁵ Per una ricostruzione di questo indirizzo interpretativo, si legga l'analisi operata da M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 152 ss.

³⁶ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1253. La conclusione di questa interpretazione è che, dunque, « tutti i casi definiti tradizionalmente come atto o fatto lecito dannoso, quando il loro esercizio sia causa di un pregiudizio economico, costituiscono comuni fatti illeciti, rispetto ai quali, talvolta, è previsto un risarcimento di importo più limitato, con la previsione di un indennizzo » (*ivi*, 1255).

³⁷ Anzi, rileva G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 249-250, come pure la funzione compensativa si attergerebbe diversamente tra i due istituti: nell'un caso (la responsabilità civile), il risarcimento avrebbe « l'effetto di ripristinare il patrimonio del soggetto leso, almeno nel suo valore pecuniario, nello stato in cui era prima dell'atto lecito »; nell'altro, invece, la tutela appare più debole, in quanto l'obbligo indennitario si limiterebbe a compensare « nell'entità della sua oggettiva sussistenza, il danno verificatosi ».

³⁸ Ci si riferisce a G. TUCCI, *op. cit.*, 250. Più di recente, sembra aderire a questa impostazione – in quanto « meglio capace di raggiungere quell'equilibrio fra diritti collidenti » – G. BELLI, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, cit., 66.

dall'idea di una concezione sanzionatoria, giudicata recessiva a fronte dell'emergere di sempre più frequenti disposizioni tese alla spersonalizzazione del titolo della responsabilità³⁹.

Tanto la misura indennitaria, quanto il risarcimento, in definitiva, costituirebbero reazioni (di comune natura compensativa) ad un danno ingiusto, da intendersi quale lesione di un interesse protetto dall'ordinamento.

Non residuando margini per avvalorare una distinzione su base, per così dire, teleologica, sembra che neppure il *discrimen* di tipo quantitativo (cioè basato sulla risarcibilità o meno del lucro cessante) appaia decisivo, giacché, per un verso « la [...] dottrina dominante riconosce che non sempre il risarcimento in senso proprio comprende quest'ultimo » e, per l'altro, « non si può sostenere che la misura risarcitoria, prevista in conseguenza di un atto lecito, rimanga sempre circoscritta al *damnum emergens* »⁴⁰.

In conclusione, non sarebbe possibile tracciare alcuna distinzione tra risarcimento e misura indennitaria prevista in reazione ad un atto lecito dannoso, la cui responsabilità, anzi, nemmeno appare eccezionale, in quanto manca di derogare alla *ratio* dell'istituto della responsabilità civile⁴¹.

La particolarità dell'atto lecito dannoso, allora, andrebbe individuata nel fatto di riconoscere a taluno una situazione giuridica attiva, proteggendo al contempo, sul piano del risarcimento, l'interesse di cui è portatore un altro soggetto, leso dalla condotta lecita altrui⁴².

A conclusioni non dissimili giunge, sia pur all'esito di un diverso percorso argomentativo, quella parte della dottrina che, nel fondare tanto l'attività illecita quanto quella lecita dannosa sul comune presupposto dell'ingiustizia del danno – e, più precisamente, di un danno ingiusto « derivante dalla lesione di una situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento giuridico »⁴³ – finisce per confutare con fermezza la « tradizionale dicotomia risarcimento-indennizzo »⁴⁴.

³⁹ G. TUCCI, *La risarcibilità del danno*, cit., 233.

⁴⁰ G. TUCCI, *op. cit.*, 250.

⁴¹ G. TUCCI, *op. ult. cit.*, 263, per cui, in definitiva, non sarebbe corretto « individuare il fondamento di questa responsabilità nell'affievolimento di un diritto del danneggiato ». Ciò, senza arrivare a negare la validità del principio per cui *qui suo iure utitur, neminem laedit*, poiché, in assenza di una previsione, il danno prodotto da un atto lecito sarebbe giuridicamente irrilevante.

⁴² G. TUCCI, *op. ult. cit.*, 263.

⁴³ Ci si riferisce a P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1067.

⁴⁴ Così, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 1062.

La linea di demarcazione andrebbe allora tratteggiata non tanto in corrispondenza del « fatto causativo » (lecito o illecito che sia)⁴⁵ o dell'entità compensativa (in ragione della quale l'indennizzo compenserebbe il solo danno emergente)⁴⁶, o, ancora, sulla scorta delle modalità di liquidazione del danno⁴⁷ ovvero della natura patrimoniale (o non) dell'interesse oggetto di lesione – distinzioni, queste, reputate fragili in quanto attente più al dato linguistico che alla genuina comprensione degli interessi sottesi.

In conclusione, allora, considerata l'analogia funzione riparatoria del danno, la responsabilità da atto lecito, lungi dal rappresentare un'eccezione rispetto alla “regola” offerta dalla responsabilità civile, ne costituirebbe piuttosto un'enunciazione⁴⁸.

In questo senso convergente è l'impostazione teorica di chi, ammessa la funzione egualmente compensativa della misura indennitaria, ne contesta alcune ricostruzioni di segno limitativo: il riferimento è tanto alla pretesa « non coincidenza », nel *quantum*, con il risarcimento, quanto all'esclusione del lucro cessante dalle capacità riparatorie dell'indennizzo⁴⁹.

Al contrario, si rammenta che, in assenza di espressa previsione di legge, la liquidazione della previsione indennitaria andrebbe operata in base al criterio (della riparazione integrale) posto dall'art. 1223 c.c., in nulla differendo rispetto alle modalità di quantificazione del danno da illecito aquiliano.

⁴⁵ Semmai, dovrebbe darsi rilievo – sostiene P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1067 – al « diverso criterio della valutazione del danno conseguente ad un giudizio di valore che l'interprete esprime, ritenendo quell'atto gravemente lesivo di un interesse peculiarmente tutelato dall'ordinamento ».

⁴⁶ Così come, più in generale, sarebbe da confutare la tralaticia dicotomia che assegnerebbe al risarcimento la copertura tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, (quest'ultima) viceversa irrilevante nelle fattispecie indennitarie. A smentire tali conclusioni sarebbero proprio alcune fattispecie disciplinate dal codice: l'art. 1671 c.c., ad esempio, così come l'analogo 2227 c.c., imporrebbe di considerare anche il lucro cessante; in talune ipotesi puramente risarcitorie, al contrario, tale componente sarebbe assente, sì da imporre all'interprete un « approccio duttile [attento alla] operatività di principi generali quali la proporzionalità e la ragionevolezza » e scevro da facili apriorismi. Così, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 1079-1080.

⁴⁷ Se, infatti, all'indennizzo sarebbe assegnato il solo criterio equitativo, nelle ipotesi di risarcimento, al contrario, i parametri normativi sarebbero ben più svariati, come testimoniato dalla liquidazione del danno ambientale o di quello biologico. Sul punto, cfr. sempre P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 1068-1070. Tale dicotomia risulterebbe smentita, a parere dell'A., dallo stesso *ius positum* di matrice eurounitaria, il quale disciplina indennizzi la cui quantificazione è affidata a criteri rigidi e predeterminati (si pensi, a titolo d'esemplificazione, all'indennizzo da *overbooking* ai sensi del Reg. CE 4 febbraio 1991, n. 295).

⁴⁸ Con riguardo, infine, alle ricostruzioni operate in punto di atto lecito dannoso dalla dottrina amministrativistica, ragioni di economia del testo impongono il rinvio al lavoro di M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 162 ss.

⁴⁹ In questi termini si esprime G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 170 ss.

3. Una tassonomia delle fattispecie indennitarie contenute nel codice civile⁵⁰

A dispetto di quanto rilevato negli orientamenti sopra descritti, sfavorevoli ad una marcata distinzione tra le categorie anzidette, sembra invece doversi concordare con l'opinione di chi ravvisa alcuni tratti distintivi⁵¹.

Prima di enucleare tali fattori, però, sembra utile premettere un'analisi delle diverse fattispecie indennitarie, perlopiù espressive della categoria delle prestazioni da atto lecito dannoso. Analisi che, purtuttavia, si presenta invero ardua: come accennato, il catalogo di tali fattispecie risente dell'accezione polivalente ed ambigua dell'indennizzo, presentandosi invero frastagliato e disomogeneo: in questo senso può cogliersi allora l'efficace riferimento alla « linearità dei fiordi »⁵².

Al di là della responsabilità della Pubblica Amministrazione per gli atti legittimi compiuti nel perseguimento di un interesse pubblico ma arrecante un danno nei confronti del cittadino⁵³, di maggiore interesse per l'economia del testo appaiono le ipotesi di matrice civilistica: in materia di diritti reali – oltre agli atti di espropriazione (o comunque di ablazione, ad essi variamente riconducibili) realizzati dall'Amministrazione⁵⁴ –, si consideri, *ex plurimis*⁵⁵, l'art. 843, secondo comma, c.c., in materia di accesso al fondo altrui, nonché le norme dedicate all'inseguimento di animali, sempre sul fondo altrui (artt. 924 e 925, primo comma, c.c.).

Si ponga mente, soprattutto, alla fattispecie delle immissioni⁵⁶ (tutte regolate dall'art. 844 c.c.) giudicate intollerabili (in quanto eccedenti la soglia della normale tollerabilità), eppure

⁵⁰ L'analisi che seguirà nelle pagine successive intende limitarsi a mettere in luce alcuni tratti che comunemente caratterizzano le diverse ipotesi di atto lecito dannoso, senza alcuna pretesa di restituire una trattazione esaustiva e concludente delle singole fattispecie, in questa sede meno conferente.

⁵¹ Il riferimento è a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 111.

⁵² M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2020, 762.

⁵³ Sul punto, cfr. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 229-231 e C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 415 ss.

⁵⁴ Il riferimento normativo è agli artt. 42, terzo comma, Cost. e 834 c.c., nonché al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 ("Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità"). Secondo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Vol. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, 2013, 520, nel caso in esame, il termine indennizzo verrebbe impiegato dal legislatore per indicare il corrispettivo per la cessione di un diritto.

⁵⁵ Per una prima disamina delle fattispecie si rinvia all'opera di C. BONAURO, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁶ Per un approfondimento si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *La proprietà*, Milano, 2017, 159 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, 2017, 272 ss.; M.A. MAZZOLA, *Le immissioni*, in (a cura di) R. CLARIZIA, *Proprietà e diritti reali*, Torino, 2016, 373 ss.; M. MACCARONE, *Le immissioni. Tutela reale e tutela della persona. Danno esistenziale*, Milano, 2002; E. TAMMARO, *Prova e danno nelle immissioni. Dalla fattispecie alla tutela giudiziaria*, Milano, 2014. Per uno studio comparatistico, J. GORDLEY, *The development of*

giustificate dalle esigenze della produzione, pertanto foriere, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, seppur variamente argomentato, di un solo obbligo all'indennizzo⁵⁷, essendo viceversa precluso l'accesso alla tutela aquiliana⁵⁸.

La fattispecie in esame sembra senz'altro espressiva della necessità di individuare un bilanciamento ottimale tra interessi potenzialmente divergenti portati dai soggetti coinvolti nel rapporto di vicinato⁵⁹: quello del proprietario a non subire immissioni pregiudizievoli e, dall'altro lato, l'interesse – anche collettivo – al libero svolgimento dell'attività economico-produttiva⁶⁰.

Non sembra invece eleggersi a sicura ipotesi di atto lecito dannoso quella disciplinata dall'art. 1032 c.c., ove l'indennizzo svolge la funzione di (mero) corrispettivo (o prezzo) dovuto dal

liability between neighbours, in (a cura di) J. GORDLEY, *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe*, Cambridge, 2014, 3 ss.

È nota la tradizionale articolazione del fenomeno immissivo in tre fattispecie: immissioni lecite (« derivate da un uso normale della cosa causativa di semplici molestie, che debbono essere tollerate »); immissioni dannose ma lecite (« causative di un danno patrimoniale al fondo del vicino che non possono formare oggetto di divieto in quanto dovute alle esigenze produttive delle imprese corrispondenti alla necessità di un certo tipo di società (industriale) da valutare secondo circostanze di tempo e luogo »); immissioni illecite « derivanti da atti dannosi estranei alle esigenze suddette ». Si legga, a tal proposito, Cass. 13 gennaio 1975, n. 111, in *Foro it.*, I, 2222 ss. (in part. 2226).

⁵⁷ Tale obbligo all'indennizzo, non esplicitamente previsto dal codice, è frutto della elaborazione di dottrina e giurisprudenza, che applica in via analogica la disciplina in materia di servitù coattive (dalle quali discende la necessità dell'indennizzo). Cfr., per tutti, A. DE MAURO, *La disciplina delle immissioni tra indennizzo e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2018, 291 ss., cui si rinvia per riferimenti.

G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 244-247, segnala come la maggioranza della dottrina, riconosciuto nell'art. 844, comma 2, c.c. un esempio di atto lecito dannoso, qualifici l'indennità alla stregua di una « misura risarcitoria conseguente all'esercizio di un diritto che per particolari ragioni supera legittimamente il limite della normale tollerabilità ». L'A., al contrario, tiene a precisare come ci si troverebbe al di fuori del perimetro della responsabilità civile: l'indennizzo, infatti, non fungerebbe da strumento di risarcimento di un vero e proprio danno; al contrario, esso « interviene in presenza di un danno, ma in conseguenza di una determinazione dei due diritti » (quelli, cioè, facenti capo ai vicini). In altre parole, esso fungerebbe da corrispettivo per la limitazione del diritto dell'uno al godimento del proprio bene, in considerazione delle esigenze dell'industria facenti capo all'altro soggetto coinvolto dalla fattispecie immissiva.

Sui termini del dibattito, si rinvia a M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., 765 s. e si legga M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 274 ss.

⁵⁸ La distinzione con la figura dell'illecito aquiliano è, in quest'ambito, senz'altro condivisa in letteratura. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 6 giugno 2000, n. 7545, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1219, la quale sottolinea la diversità tra la domanda indennitaria e quella risarcitoria.

⁵⁹ Le ragioni storiche che hanno portato all'elaborazione della norma convergono in questo senso. Per un'analisi, cfr. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Roma, 1946, 157 ss.

⁶⁰ Cfr. R. CAVADI, *La proprietà fondiaria*, in (a cura di) P. FAVA, *Diritti reali*, Milano, 2019, 306 ss., ove si legge che la compensazione pecuniaria offerta non avrebbe natura di risarcimento, bensì di indennizzo.

In giurisprudenza, Cass. 1° febbraio 1993, n. 1226, in Banca dati *DeJure*, ha ritenuto che, a fronte del sacrificio della proprietà, la prosecuzione dell'attività immissiva di tipo industriale potesse verificarsi dietro la sola corresponsione di una indennità congrua.

titolare del fondo dominante in favore del proprietario del fondo servente in ragione ed a seguito della costituzione di una servitù coattiva⁶¹.

Ben può ricordarsi l'inadempimento della promessa di matrimonio di cui all'art. 81 c.c., nonostante il legislatore impropriamente⁶² operi qui un riferimento alla necessità che il promittente "risarcisca" il danno cagionato (consistente nelle « spese fatte e obbligazioni contratte » in vista del matrimonio, tenuto conto della proporzionalità delle spese rispetto alle capacità economiche del soggetto) all'altra parte in ragione della promessa che il primo ricusi, senza giusto motivo, di eseguire⁶³.

Tradizionalmente si ritiene che l'obbligo indennitario non discenda dall'inadempimento di un'obbligazione né derivi da un illecito aquiliano, trovando la sua fonte nella legge: si tratterebbe, dunque, di una responsabilità *ex lege* derivante dalla frustrazione dell'affidamento ragionevole che la promessa aveva suscitato⁶⁴. Ritorna, ancora una volta, quella logica (tipicamente indennitaria) di contemperamento tra interessi: la tutela della libertà matrimoniale, da un lato, e l'aspettativa riposta dall'altro nubendo a contrarre matrimonio⁶⁵.

⁶¹ In questo senso, G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 266; M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., 764. Per un approfondimento in ordine alla determinazione dell'indennità conseguente alla costituzione di una servitù coattiva, v. R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, 100-102.

⁶² Come sottolinea A. MANIACI, *La promessa di matrimonio. Artt. 79-81*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, 129 ss., si tratterebbe « di una fattispecie speciale e *sui generis*, rispetto alla quale non è appropriato parlare né di illiceità né di responsabilità, se non in senso lato ».

⁶³ In effetti, come si è anticipato e si dirà oltre, la norma rappresenta un'occasione per ricordare come non vi sia una perfetta coincidenza tra le fattispecie di atto lecito dannoso e la terminologia di "indennizzo" impiegata dal legislatore. Cfr. in tal senso C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 107. Per un ulteriore approfondimento sul punto, si legga G. TUCCI, *op. cit.*, 235-237, che qualifica la promessa di matrimonio alla stregua di una « fattispecie complessa, che istituisce un rapporto tra i nubendi in sé non giuridicamente impegnativo » ove il giustificato motivo non rappresenta tanto un elemento di « valutazione della condotta », bensì una questione dirimente ai fini della riparazione del « danno che deriva dal mancato matrimonio »; e poiché l'art. 79 c.c. esclude ogni impegnatività della promessa di matrimonio, tale danno non costituisce l'effetto della violazione di un obbligo, il quale potrà, dunque, derivare « solo dal fatto che il comportamento del nubendo è difforme, senza alcun apprezzabile motivo, dalla dichiarazione priva di carattere impegnativo, con cui si è manifestata all'altra parte l'intenzione di addivenire in futuro al matrimonio ». In conclusione, non venendo in rilievo alcuna condotta contraria al diritto, essendo « piena e completa [la] liberà di mutare opinione sino al momento della celebrazione del matrimonio », si tratterebbe di una « condotta lecita e di un danno risarcibile che ne è conseguenza ».

Anche M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 268, ritiene si tratti di un'ipotesi di obbligazione risarcitoria di tipo indennitario.

In senso contrario si esprime C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 281 ss., il quale sottolinea come « la fattispecie delineata dall'art. 81 c.c. si iscrive nella patologia dei comportamenti negoziali, integrando una condotta illecita [...] generatrice di responsabilità civile in senso stretto e correlato obbligo risarcitorio ».

⁶⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017, 38 ss.

⁶⁵ A. MANIACI, *op. cit.*, 131. Secondo l'a., la norma integra un'ipotesi di atto lecito dannoso, « che si ha nelle ipotesi in cui il legislatore, al fine di bilanciare due interessi contrapposti, nessuno dei quali deve essere interamente

Anche la disciplina del contratto annovera talune fattispecie indennitarie: al di là delle ipotesi di dubbia riconducibilità al modello in esame, si pensi, senza ambizione di completezza, alla revoca della proposta *ex art. 1328*, primo comma, c.c., il quale, al primo periodo, attribuisce alla parte il potere di revocare la proposta fino al momento della conclusione del contratto e, nella seconda parte, prevede in via complementare⁶⁶ l'obbligo d'indennizzare l'accettante che, in buona fede, abbia intrapreso l'esecuzione del contratto « prima di avere notizia della revoca »⁶⁷.

Poiché il potere di revoca consegue direttamente, e senza limiti, dalla legge, la norma disciplinerebbe un'ipotesi di responsabilità da atto lecito⁶⁸: l'indennizzo, infatti, discenderebbe automaticamente quale conseguenza del mero atto di revoca (dunque, lecito), a prescindere da qualsivoglia colpa o profilo di riprovevolezza⁶⁹: una conferma di tale carattere proviene dalla

subordinato all'altro, adotta per ragioni di equità e di opportunità una soluzione che anticipa la tutela dell'uno (nella specie: libertà di non contrarre matrimonio) e posticipa la tutela dell'altro (nella specie: aspettativa a contrarre matrimonio, accompagnata da determinati pregiudizi) ».

⁶⁶ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 145 s. Assieme alla dottrina largamente prevalente, l'A. ha cura di escludere la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, in quanto non sarebbe violata, da parte del proponente-revocante, alcuna regola di correttezza o buona fede (art. 1337 c.c.) nella fase delle trattative che precedono la formazione del contratto; al contrario, l'obbligo indennitario discenderebbe da una responsabilità da atto lecito dannoso e dovrà pertanto coprire (non già l'interesse negativo, bensì) le sole « spese e perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto ».

⁶⁷ Secondo C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 274, ai fini della piena legittimità della revoca della proposta, è necessario che ricorrano « due elementi costitutivi, l'uno di natura oggettiva, l'altro a carattere soggettivo ». Quanto al primo, si riferisce che la revoca della proposta debba avvenire « nel rispetto dei limiti di forma, modalità e tempo normativamente stabilit[i] ». L'elemento soggettivo, invece, si traduce nella buona fede del c.d. accettante, da intendersi alla stregua di un « ragionevole affidamento in ordine all'avvenuta conclusione del contratto », quale « scusabilità dell'errore in cui è incorso per effetto della mancata conoscenza dell'intervenuta revoca ».

⁶⁸ Concorda in questo senso G. CONTE, *La formazione del contratto (Artt. 1326-1330 e 1333-1335)*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 318 ss. Come giustamente rileva l'A., « non è quindi una pretesa colpa del revocante nell'impedire all'oblato di prendere conoscenza della revoca stessa prima dell'inizio dell'esecuzione, ma il mero atto di emissione della revoca (incolpevole e lecito) a fondare tale responsabilità ». Si osserva che il modello indennitario dell'art. 1328 c.c. realizzerebbe un contrappeso – di nuovo, dunque, nelle riflessioni della dottrina torna l'idea del bilanciamento tra contrapposti interessi di cui è espressione l'indennizzo – « riconosciuto a favore dell'oblato al fine di riequilibrare la situazione di vantaggio concessa all'offerente, che ha facoltà di revocare la proposta sino al momento in cui il contratto non è concluso ». A medesime conclusioni perviene M. GIROLAMI, *La revoca delle dichiarazioni contrattuali, I, Formazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, a cura di C. GRANELLI, 2023, 356 ss.

⁶⁹ Si legga P. GALLO, *Dell'accordo delle parti. Art. 1328. Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Milano, 2011, (in part.) 337 ss.

Interessanti le riflessioni, sul punto, di G. GORLA, « *Ratio decidendi* », principio di diritto (e « *obiter dictum* »). – *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, in *Foro it.*, 1964, V, 90 ss. (in part. 92), ove si osserva che la responsabilità prevista dall'art. 1328 c.c. sarebbe « oggettiva o senza colpa (quasi il costo dell'esercizio del potere di revoca) [...] ».

circostanza che, ancora una volta, si realizza un contemperamento tra interessi contrapposti⁷⁰. In effetti, la norma sarebbe volta, nel suo complesso, a riequilibrare posizioni contrapposte e, segnatamente, a tutelare, da un lato, la libertà dei soggetti fra cui intervengono le trattative (peraltro garantita dal difetto di impegnatività della proposta, in quanto, entro certi limiti, revocabile) e, dall'altro, le esigenze di sicurezza dei traffici giuridici e, con esse, l'affidamento dell'oblato⁷¹.

Per l'effetto, l'indennizzo dovrà limitarsi a compensare i soli costi sostenuti dalla parte per l'esecuzione intrapresa in buona fede⁷².

Ulteriore occasione di riflessione è offerta dall'analisi dell'art. 1381 c.c., disciplinante la « promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo ». In piena armonia col principio di relatività degli effetti contrattuali (art. 1372, secondo comma, c.c.), tale norma prevede, da un lato, l'incoercibilità della prestazione in capo al terzo, il quale non è vincolato e, dall'altro, l'obbligo in capo al contraente (promittente) di « indennizzare »⁷³ la controparte (il promissario) laddove il terzo « rifiut[i] di obbligarsi o non compi[a] il fatto promesso ».

Sulla natura strettamente indennitaria (non già risarcitoria) sembra esservi sostanziale concordia in letteratura: bene avrebbe fatto, dunque, il legislatore a ricorrere all'espressione di “indennizzo”⁷⁴.

⁷⁰ Questa è l'analisi di C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2019, 204 ss., il quale, correttamente, evidenzia come « Quest'obbligo di indennizzo non ha a suo presupposto la violazione di una regola di condotta » (*ivi*, 205).

⁷¹ Ci si riferisce, tra i molti, a G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 239.

⁷² A tal riguardo, possono rievocarsi le parole di M. GIROLAMI, *La revoca delle dichiarazioni contrattuali*, cit., 357: « L'indennità è in definitiva un rimborso dei costi dell'esecuzione e nulla di più » ed è ben distinta da qualsivoglia forma di risarcimento del danno precontrattuale.

⁷³ Come si evince in V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 538 s., dal ricorso al verbo “indennizzare” (in luogo di “risarcire”) si desume che il promittente non sarà tenuto all'intero danno cagionato, essendo chiamato a rispondere nei limiti del solo valore della prestazione promessa e rimasta inadempita.

⁷⁴ Sul punto, si legga N. RIZZO, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 42 ss., nonché, di recente, A. IULIANI, *La promessa del fatto del terzo. Contributo allo studio della prestazione di garanzia*, Napoli, 2023. In ordine alla natura dell'indennizzo corrisposto ex art. 1381 c.c. dal promittente, cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 495 ss., secondo cui dovrebbe intanto escludersi la natura strettamente risarcitoria dell'indennizzo: il promittente, infatti, non è inadempiente; pertanto, la sua condotta appare insensibile a qualsivoglia forma di sanzione. Il ricorso al termine “indennizzo”, in effetti, non sarebbe frutto di una scelta inopportuna, ma « di una chiara indicazione del contenuto dell'obbligazione conseguente alla causa del contratto che è la garanzia del compimento del fatto o dell'assunzione dell'obbligazione del terzo » (*ivi*, 521). A fondamento di questa tesi, l'A. porta, *ex plurimis*, l'impossibilità di ricorrere alla clausola penale.

Sul punto, cfr. l'analisi di G. PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I, 1248 ss.: la differenza strutturale tra indennizzo e risarcimento (in forza della quale « l'indennità [...] si fonda su un'esigenza di equità e prescinde da un necessario adeguamento all'entità del reale danno sofferto », *ivi*, 1249) conduce la giurisprudenza ad un'attenta valutazione per la liquidazione, in via equitativa, del pregiudizio, così da non appiattare le divergenze richiamate.

Occorre, quindi, passare in rassegna le fattispecie di recesso c.d. legale previste, a titolo esemplificativo, nell'ambito della disciplina del contratto di appalto (art. 1671 c.c.) o di opera (art. 2227 c.c.), sul punto analoga: la facoltà di recedere *ad nutum*, una volta esercitata dal committente (e, in deroga all'art. 1373 c.c., pure se è già stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio), determina, oltre allo scioglimento del vincolo contrattuale, il sorgere dell'obbligazione alla corresponsione di un indennizzo in favore dell'appaltatore o del professionista, consistente nelle « spese sostenute, [...] lavori eseguiti e [...] mancato guadagno » e dalla natura, per ciò, risarcitoria⁷⁵.

Ancora, viene in rilievo l'art. 1725 c.c., a mente del quale « la revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, obbliga il mandante a *risarcire i danni* [corsivo nostro], se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo che ricorra una giusta causa »⁷⁶.

A sottolineare la diversità tra le due fattispecie è, altresì, C. LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, in *Danno resp.*, 2007, 894 ss., con nota (critica) a Cass. 12 dicembre 2006, n. 26509, *ivi*.

Salvo il richiamato precedente, espressivo di un orientamento minoritario, anche la giurisprudenza è consolidata in questo senso. Si legga Cass. 5 settembre 1997, n. 8614, in *Studium iuris*, 1998, 190, ove si sottolinea che « il pagamento di un indennizzo [...] è cosa ben diversa dal risarcimento del danno », nonché la più recente (e conforme) Cass. 13 maggio 2021, n. 12897, in *Guida al diritto*, 2021, 29, ove si legge che « l'art. 1381 c.c. prevede infatti, quale conseguenza della mancata assunzione, da parte del terzo, dell'obbligazione o del mancato compimento del fatto promesso, il pagamento di un *indennizzo*, diverso dal risarcimento del danno il quale spetta quando il promittente non assolva al proprio compito e cioè non si adoperi con la dovuta diligenza presso il terzo, violando così i propri doveri di correttezza e buona fede, nel qual caso il promissario può avvalersi dei rimedi predisposti contro l'inadempimento e richiedere, in presenza del necessario nesso di causalità, il risarcimento in parola; se invece il promittente abbia assolto diligentemente al suo obbligo di attivazione, ma, nonostante ciò, il terzo abbia rifiutato la prestazione o l'assunzione dell'obbligazione, si verifica la situazione in presenza della quale la norma sopra evocata riconosce al promissario l'indennità a carico del promittente, indipendentemente da ogni valutazione sul comportamento di quest'ultimo ».

⁷⁵ G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 242, ne sancisce la natura pacificamente risarcitoria; così, anche G. BELLI, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, 67. In giurisprudenza v. la recente Cass. 8 gennaio 2003, n. 77, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 22, la quale – in continuità con l'indirizzo inaugurato da Cass. 17 novembre 1980, n. 6132, in *Giust. civ. mass.*, 1980 – ha ribadito « la natura risarcitoria del detto indennizzo, in considerazione del significato etimologico - lessicale dell'espressione 'tenga indenne', ed applicando il principio per il quale al danneggiato incolpevole vanno risarciti anche i danni derivanti dalle altrui attività lecite ».

In F. CARROCCIA, *Libro IV – Titolo III: Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di D. VALENTINO, Milano, 2011, 1671, l'art. 1671 c.c. configurerebbe una fattispecie di atto lecito che dà luogo al risarcimento del danno.

⁷⁶ A riferire l'esistenza di un dibattito in ordine alla natura di tale fattispecie (da atto illecito ovvero da atto lecito dannoso) è G. DI ROSA, *Il mandato. Artt. 1710-1730*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2017, 162 ss. Purtuttavia, l'A. ritiene che il problema appaia, almeno in termini pragmatici, recessivo rispetto all'esigenza di determinare l'*an* del "risarcimento" e la sua misura.

Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 15 ottobre 1992, n. 11283, in *Giust. civ. mass.*, 1992, vista l'assenza di violazioni di obblighi da parte del mandante, « trattasi di un obbligo di indennizzo da atto lecito che risponde ad esigenze di

Possono citarsi, analogamente, gli artt. 142 l. aut. (l. 22 aprile 1941, n. 633) e 2582 c.c., i quali riconoscono all'autore dell'opera il diritto a ritirare la stessa dal mercato in caso di gravi ragioni morali, salva la previsione di un indennizzo da corrispondere nei confronti dei terzi i quali avessero acquistato diritti di utilizzazione economica (riproduzione, diffusione, etc.) dell'opera stessa, così contemperandone gli interessi⁷⁷.

Infine, un terzo gruppo di ipotesi indennitarie è racchiuso all'interno del titolo IX del libro IV del codice civile, *sedes materiae*, come si ricorda in dottrina, invero densa di significato, non solo in quanto atta a rendere più evidente la necessità (anzitutto, metodologica) di un raffronto tra i modelli analizzati (su cui si avrà modo di tornare anche *infra*), ma anche per il farsi più netto delle peculiarità del dialogo tra gli istituti.

Basti pensare, in primo luogo, a come il presupposto per l'operare dell'indennizzo si situi proprio nella inoperatività del rimedio aquiliano, nonché a come, in quest'ambito, le due forme di tutela sembrino integrarsi e correlarsi, con ancora maggiore plasticità, in un rapporto di « complementarità e di omogeneità »⁷⁸.

In primis, si consideri la norma dell'art. 2045 c.c. (rubricata, “Stato di necessità”)⁷⁹, la cui riconducibilità al novero della responsabilità da atto lecito è invero oggetto di discussione⁸⁰. Come ricordato anzitutto dalla dottrina penalistica⁸¹, lo stato di necessità appartiene al *genus* delle cc.dd. cause di giustificazione (o scriminanti): trattasi di un'esimente⁸² che, nel rendere

equità, di riequilibrio e riassetto economico » secondo, dunque, un modello del tutto riferibile alla responsabilità da fatto lecito dannoso, il cui indennizzo verrà « commisurato alle perdite per concreto mancato guadagno sofferto dal mandatario in dipendenza dell'arresto dello svolgimento del rapporto negoziale ».

Per ulteriori riferimenti, si legga M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 257 ss.

⁷⁷ C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 106; G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 240 s., il quale sottolinea come, pure nel caso esaminato, « non può quindi parlarsi di violazione di un obbligo ».

⁷⁸ C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 323.

⁷⁹ Per un'analisi approfondita della norma, si rinvia, tra i molti, al lavoro di F. PIRAINO, *Stato di necessità*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 1048 ss. e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 637 ss., cui si rinvia per l'analisi della natura giuridica e dei presupposti. Per approfondire, cfr. altresì M.R. SCOTTI, *Vaccinazione e prodotto farmaceutico nel sistema della responsabilità civile da attività lecita. Una lettura alla luce dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, 24-29.

⁸⁰ Il dibattito ha investito il peculiare fondamento dell'indennizzo, secondo alcuni da individuare nella solidarietà sociale, trattandosi invece, secondo altri, di una comune fattispecie di responsabilità per fatto proprio: sintetizza i termini della discussione M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., 764 s.

⁸¹ Per tutti, basti in questa sede il riferimento a G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2021, 303 ss. e in particolare 351 ss.

⁸² Precisa C.M. BIANCA, *op. cit.*, 641 s.: « occorre [...] distinguere tra lo stato di necessità che comporta il sacrificio di un altrui diritto della personalità » (fattispecie da qualificarsi come “esimente personale di responsabilità”) e « lo stato di necessità che comporta il sacrificio di un altrui diritto economico », dovendo discorrersi in tal caso di

doveroso (o, quantomeno, facoltizzare) un certo comportamento, determina l'elisione dell'antigiuridicità del fatto (pur) tipico posto in essere dall'agente⁸³.

Da ciò deriva, in prima battuta, come il danno cagionato da chi abbia agito in stato di necessità, difettando della componente *non iure*, non possa comportare il sorgere dell'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Nondimeno, mediante la previsione dell'art. 2045 c.c., l'ordinamento giuridico intende comunque assegnare rilevanza al comportamento pregiudizievole e non trascurare le esigenze di tutela del danneggiato, prevedendo in capo al danneggiante l'obbligo di corrispondere alla vittima un'indennità equamente determinata dal giudice⁸⁴: si tratterebbe, ancora una volta, di quella logica di contemperamento tra interessi contrapposti già ampiamente evocata⁸⁵.

In un'ottica analogica di integrazione tra tutele deve leggersi il riferimento alla previsione dell'art. 2047, secondo comma, c.c. disciplinante l'indennizzo in caso di danno provocato dall'incapace⁸⁶, sul presupposto che il soggetto leso non abbia potuto ottenere il risarcimento dal soggetto tenuto alla sorveglianza del danneggiante. La misura – così come l'*an debeat*ur – viene stabilita dal giudice avuto riguardo alle condizioni economiche delle parti; inoltre, poiché esso non mira alla soddisfazione di esigenze riparatorie, essendo viceversa animato da uno

causa di esclusione dell'antigiuridicità. Entrambe le fattispecie, ad ogni modo, obbligano alla corresponsione dell'indennizzo.

⁸³ Come sottolinea C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 640, la giurisprudenza ha accolto la diversa tesi che predica la sussistenza di una forma di responsabilità, seppur attenuata.

⁸⁴ Sul concorso e i limiti al cumulo dei correlati benefici, si legga C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 341 ss. Secondo C.M. BIANCA, *op. cit.*, 647 s., pur non identificandosi con il risarcimento (integrale) del danno, l'indennità rivestirebbe una funzione comunque risarcitoria, in quanto volta a garantire al danneggiato un « compenso per il danno subito », patrimoniale o non.

⁸⁵ Segnatamente, secondo C.M. BIANCA, *op. cit.*, 647, « quello del danneggiato ad ottenere l'integrale ristoro del danno, e quello del danneggiante ad essere totalmente esonerato dall'obbligo risarcitorio ».

Come si legge di R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, cit., 596, la fattispecie tanto dell'art. 2045 c.c. quanto dell'art. 2047 c.c., pur prescindendo dal riferimento al danno, si ispirano entrambe ad un'esigenza di soddisfare il soggetto danneggiato secondo l'equità (o equo apprezzamento del giudice). Si tratta, in altri termini, di « qualche misura reattiva, pur sempre nella forma del compenso in denaro, che nettamente si distingue da quella del risarcimento ».

⁸⁶ Sul punto, si leggano le pagine di M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 2014, 236 ss., il quale – nel rievocare il pensiero, tra gli altri, di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim* – rinviene il fondamento dell'art. 2047 c.c. (così come dell'art. 2045 c.c.) nell'equità: questa « introduce infatti in queste fattispecie una vera e propria deviazione dai principi generali, sia perché viene stabilita la possibilità di indennizzo senza che a rigore ricorrano i presupposti dell'obbligazione risarcitoria, sia perché tale riparazione non è totale, come nel caso del vero e proprio risarcimento, ma viene determinata in via equitativa dal giudice ». Pertanto, tale disposizione integrerebbe un'eccezione del tutto peculiare al criterio unitario della responsabilità oggettiva.

spirito solidaristico⁸⁷, l'indennizzo – non a caso definito dal legislatore codicistico « equo » – non è necessariamente corrispondente all'entità del danno cagionato⁸⁸.

4. L'incerto rapporto tra l'atto lecito dannoso e la responsabilità aquiliana

Il quadro, come accennato, è frammentario e rende disagevole rintracciare, in chiave sintetica, le caratteristiche e le modalità operative di una tutela, quella indennitaria, che si presta a funzioni eterogenee e polivalenti.

Purtuttavia, operando un certo sforzo ricostruttivo, sembra possibile rintracciare (almeno) un duplice ordine di tratti ricorrenti⁸⁹.

Anzitutto, va rilevata la sussistenza di una condotta dal legislatore qualificata come legittima, sì da pervenire, per un verso, alla tutela di quella posizione giuridica proprio mediante la prevista legittimità della condotta e, per un altro, al sacrificio di un diverso interesse alla prima contrapposto, sebbene ugualmente meritevole.

A venire in rilievo è, in secondo luogo, l'assegnazione di un ristoro in capo al soggetto titolare dell'interesse sacrificato (quindi, recessivo), così parzialmente compensato. Sotto la denominazione di indennizzo, dunque, si ricondurrebbe un qualunque compenso erogato in favore di un soggetto il cui interesse o diritto sia stato sacrificato.

Nel tentativo di formulare una *reductio ad unum*, è altresì interessante notare come lo studio delle prestazioni da atto lecito dannoso si costruisca attorno ad un costante raffronto col modello prototipico della responsabilità civile, finendo per elevarsi ad osservatorio privilegiato di analisi. Non a torto, in dottrina, si è messo in luce come la peculiarità della categoria si colga proprio nella prospettiva « eminentemente relazionale e differenziale »⁹⁰ con il fatto illecito: da un lato, infatti, si richiama la categoria dell'illecito aquiliano quale contenitore onnicomprensivo per il suo riferimento al sorgere di un obbligo riparatorio per chi abbia cagionato un pregiudizio; dall'altro, questo confronto porta con sé elementi di contrapposizione⁹¹.

⁸⁷ C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 347.

⁸⁸ Si pensi, infine, all'art. 2044, terzo comma, c.c. (nonché dell'art. 55, secondo comma, c.p., cui la norma opera espresso rinvio) per il caso dell'eccesso colposo di legittima difesa, il quale, non valendo certo a scriminare il fatto tipico di reato, che rimane antigiuridico, obbliga alla sanzione civilistica.

⁸⁹ Tale sintesi va attribuita a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 108, nonché a G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, cit., 702 ss.

⁹⁰ Concorda C. BONAURO, *op. cit.*, 137 e 323.

⁹¹ V. *amplius* in C. BONAURO, *op. cit.*, 323 ss.

Come anticipato, appare incerta la collocazione delle descritte prestazioni pecuniarie nascenti da atto pregiudizievole lecito al di fuori del sistema della responsabilità civile.

L'individuazione di uno spazio autonomo appare operazione solo *prima facie* agevole, se non altro in ragione del processo di progressiva espansione delle capacità applicative dell'istituto aquiliano, di cui l'opera della giurisprudenza ha rappresentato il principale catalizzatore.

In effetti, al tempo dell'elaborazione del Rubino, l'obbligazione risarcitoria si contraddistingueva per una funzione spiccatamente sanzionatoria⁹², in base alla quale l'illiceità della condotta tenuta dall'agente si esplicava nella sola trasgressione di un determinato dovere imposto per legge: in ciò consisteva il principale carattere differenziale con l'atto lecito dannoso, che invece trovava la sua ragion d'essere proprio nella previsione di un'apposita norma espressamente autorizzatrice del comportamento altrimenti violativo, strutturandosi in una forma eccezionale di riparazione del danno⁹³.

La distinzione, anzitutto funzionale, tra le categorie in esame è destinata tuttavia a sfumare a fronte della progressiva valorizzazione della funzione compensativa svolta dal rimedio risarcitorio, a sua volta debitrice della ridefinizione del sintagma del "danno ingiusto"⁹⁴, che ha trovato decisivo impulso nell'opera di Rodotà⁹⁵.

In particolare, il processo cui si è assistito ha riguardato la traslazione della componente dell'ingiustizia dal piano del fatto (quale violazione di un precetto tipico) a quello del danno, assumendo la (diversa) veste di, in breve, lesione di una situazione giuridicamente rilevante, in quanto tutelata dall'ordinamento; l'esito immediato del descritto percorso è assai noto e si è tradotto nell'estensione dell'area del danno risarcibile, in precedenza riservata alla sola lesione del diritto assoluto⁹⁶.

⁹² Si legga, per tutti, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 19 ss., allorché riferisce che « il danno antigiuridico si caratterizza per la speciale natura della reazione giuridica che si svolge contro di esso. La reazione assume, invero, la fisionomia più determinata di *sanzione* (corsivo dell'Autore) », efficacemente definita come « conseguenza per mezzo della quale il diritto intende garantire la prevalenza di un determinato interesse contro gli atti lesivi compiuti da soggetti il cui interesse esso ha inteso subordinare ».

⁹³ In questo senso C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 108 ss.

⁹⁴ Cfr. C. DE MENECH, *op. cit.*, 109.

⁹⁵ Ci si riferisce a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

⁹⁶ Gli esiti e le principali coordinate di questo percorso sono esposti, tra gli altri, da F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, 147 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 2020, 139 ss.; con particolare riguardo alla definizione della norma di responsabilità, cui discende una diversa configurazione del rapporto tra la legge e il giudice, cfr. N. RIZZO, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 295 ss.; E. BARGELLI, *L'ingiustizia del danno*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 807 ss.

Seguendo questa linea ermeneutica, in effetti, una parte della dottrina (di poco successiva) ha minimizzato, come visto, le distanze tra gli istituti, poiché entrambi volti a compensare un danno ingiusto⁹⁷.

A tal riguardo, a fronte di un orientamento sostanzialmente contrario ad ammettere il predicato dell'ingiustizia quale attributo tipico dell'atto lecito dannoso⁹⁸, di tale qualificazione si dovrebbe, invece, affermare più correttamente la sussistenza.

In effetti, a voler l'intendere l'ingiustizia quale lesione di una situazione giuridica meritevole di protezione, la categoria in esame non sembra potersene sottrarre. In questo senso depone, del resto, l'analisi delle fattispecie di atto lecito dannoso dal legislatore tipizzate.

Con una precisazione: e cioè che la qualificazione in termini di ingiustizia appare, nell'ambito che si studia, « sempre neutralizzata dall'esistenza di una norma che rende espressamente lecito il contegno lesivo »⁹⁹. La norma "scriminante" è intesa a risolvere, presupponendolo, un conflitto tra interessi giuridici parimenti meritevoli di tutela: tale risoluzione è il risultato di un'autorizzazione espressa, recata dalla norma, volta a "sterilizzare" l'illiceità di una condotta, che il legislatore riconosce essere lesiva dell'altrui posizione giuridica¹⁰⁰.

Un simile processo di sterilizzazione può avvenire, come si osserva in dottrina, *ex ante* ovvero *ex post*: nel primo caso, l'illiceità della condotta viene esclusa a monte (come avviene nell'ipotesi della revoca della proposta, fin dall'origine lecita); nell'altro, invece, il regime autorizzatorio subentra in un secondo momento ad una condotta originariamente illecita (il riferimento è all'effetto degli atti integranti accessione)¹⁰¹.

Assegnata la preferenza ad uno degli interessi in contrasto, ritenendo di non sacrificare integralmente la posizione giudicata recessiva, l'ordinamento accorda al titolare della posizione lesa una tutela *sub specie* di corrispettivo indennitario, imponendo all'autore della condotta dannosa (ma) lecita il versamento di una somma in suo favore. L'indennizzo, allora,

⁹⁷ Ci si riferisce all'analisi di G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 250 ss. e P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1061 ss.

⁹⁸ C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 47 ss.

⁹⁹ Le parole sono di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 111.

¹⁰⁰ Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 271 ss., con particolare riferimento all'acquisto della proprietà per accessione, nella quale « la stessa attribuzione a titolo originario della proprietà cancella la iniziale illiceità » del comportamento concretante, ad esempio, occupazione *ex art.* 938 c.c., « che permane eventualmente solo come effetto ulteriore rispetto all'effetto acquisitivo e al costo correlativo dello stesso ». In definitiva, dunque, nell'accessione la « illiceità originaria viene per così dire neutralizzata nel fatto acquisitivo ». Per evocare l'esemplificazione resa da C. DE MENECH, *op. cit.*, 111, la disciplina della revoca della proposta (art. 1328 c.c.) intende risolvere il conflitto tra la libertà negoziale del proponente e l'affidamento posto dall'oblato rispetto alla validità della proposta.

¹⁰¹ Il riferimento è a C. DE MENECH, *op. cit.*, 111 s.

integrerebbe una reazione ad una restrizione, il cui contenuto lesivo prescinde dalla valutazione di un danno in concreto¹⁰².

In questo modo, però, l'ordinamento finisce per introdurre un'ulteriore¹⁰³ deroga al principio generale che va sotto al nome di « tutto o nulla »¹⁰⁴, a mente del quale « l'autore del danno de[ve] risarcire *tutti i danni* (nessuno escluso) che sono derivati dal fatto a lui imputabile » e che si contrappone alla tendenza, poi superata, ad ancorare l'entità del danno alla gravità della colpa dell'autore.

Ora, al di là delle ragioni che portano il legislatore a preferire l'uno ovvero l'altro interesse, le quali appaiono strettamente dipendenti dalla *ratio* di volta in volta perseguita dalla fattispecie, sembra che il fondamento intimo di questa scelta vada rintracciato in quelle logiche di equità, eguaglianza e solidarietà sociale che sembrano ispirare, permeandola, l'intera categoria dell'atto lecito dannoso: il riferimento è, come evidente, ad un principio di giustizia distributiva, per il quale il sacrificio derivante dalla produzione di un'utilità rivolta alla collettività non deve rimanere a carico del singolo ma distribuito in maniera proporzionale su tutti i membri di quella collettività¹⁰⁵.

Anche il principio di equità, dunque, contribuirebbe a giustificare una quantificazione depotenziata dell'indennizzo rispetto all'illecito aquiliano. Sul presupposto di un atto (dannoso ma) consentito dall'ordinamento, infatti, il *quantum* dell'indennizzo dovrebbe rinunciare a velleità compensative piene, arrestandosi a controbilanciare lo spostamento patrimoniale (legittimo) concretizzato dal pregiudizio¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. C. PRUSSIANI, *La tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità: tra antichi dibattiti e nuove prospettive della fattispecie indennitaria*, cit., 290.

¹⁰³ L'eccezione ammessa è, secondo l'A., quella dell'art. 1227 c.c., cui si aggiunge il correttivo, parimenti ammesso, dettato dall'art. 1223 c.c.

¹⁰⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, 272 ss.

¹⁰⁵ In questi termini, R. ALESSI, voce *Responsabilità da atti legittimi*, cit., 625 ss., il quale chiarisce che « il fondamento etico e teorico in questione viene giustamente ricercato dai più in un principio di giustizia distributiva in forza del quale l'onere necessario alla produzione di una utilità collettiva deve essere proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività e non deve pesare su uno solo, per cui il sacrificio sopportato da un cittadino nei suoi averi oltre ciò che egli contribuisce in virtù di una legge generale di imposta deve essergli compensato ». In senso sostanzialmente analogo sembra argomentare G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, cit., 657 e 663, il quale individua la differenza 'filosofica' tra risarcimento e indennizzo nella irrilevanza dell'ingiustizia, poiché la scelta del legislatore di assegnare un indennizzo sarebbe il frutto di una « opzione legislativa che tiene conto non già dell'equilibrio rispetto allo *status quo ante* da reintegrare quanto di un equilibrio sociale complessivo da perseguire ».

¹⁰⁶ In questo senso, M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 123 ss., il quale sembra individuare le ragioni della « *vis* minore dell'indennizzo rispetto al risarcimento » nella « profonda diversità che separa la sfera della illiceità da quella della liceità », sì che « l'indennizzo mira quindi a riparare uno spostamento, inteso in senso lato, che pur legittimato, alla fine risulterebbe comunque non giustificato ».

È opinione diffusa in dottrina quella che contrappone l'indennizzo alla posta risarcitoria proprio sul fronte della quantificazione: si attribuisce al primo la mera funzione di « corrispettivo ragguagliato per lo più al valore del bene colpito (cosiddetta *aestimatio rei*) e comunque diverso (ed inferiore) dal risarcimento », il quale, invece, seguendo ad un comportamento illecito e connotato in termini di sanzione, viene a consistere nella « specifica obbligazione di reintegrare il patrimonio del leso nello stato *quo ante* »¹⁰⁷, compensando dunque tutte le conseguenze di segno negativo derivanti dall'illecito. Nello stesso senso, infatti, si avverte come l'indennizzo si caratterizzi quale corrispettivo dal contenuto pecuniario connotato da proporzionalità alla « prestazione effettuata o al sacrificio subito »¹⁰⁸, tenuto conto dei criteri, anche forfettari¹⁰⁹, che il legislatore stabilisce per il singolo caso.

In linea generale, è possibile osservare che il ristoro garantito dalle singole previsioni di indennizzo, non certo coincidente con l'obbligazione risarcitoria, è strettamente collegato ai soli pregiudizi originati dalla lesione della posizione giuridica, recessiva, sacrificata¹¹⁰.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla revoca della proposta *ex art.* 1328 c.c., la quale, come visto, obbliga il proponente a corrispondere alla controparte le sole spese e perdite che questi abbia subito per l'iniziata esecuzione del contratto; del tutto irrilevante (e, pertanto, estraneo all'area del danno oggetto di riparazione) è, invece, in questa sede (in cui non si discorre certo

¹⁰⁷ Questa, secondo R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, cit., 595, la ricostruzione prevalente in dottrina. L'indennità, infatti, « si riferisce alla lesione dell'altrui interesse, che sia indipendente dal contegno illecito e dalla colpa, e comunque cada al di fuori del danno antiggiuridico ». Per ora, un primo riferimento, con particolare enfasi sul rapporto tra risarcimento e indennizzo, in G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, cit., 653 ss. e C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 177. In termini di analisi economica del diritto (o, se si preferisce, *Law & Economics*), E. BAFFI – D. NARDI, *Atto lecito dannoso: un'analisi giuseconomica*, in *Danno resp.*, 2016, 1157 ss., si interrogano in ordine alla sussistenza di valide motivazioni economiche tali da giustificare per l'atto lecito dannoso « la previsione di un indennizzo non sempre commisurato all'entità dei danni subiti dal danneggiato ».

¹⁰⁸ Le parole sono di S. CICCARELLO, voce *Indennità*, cit., 103.

¹⁰⁹ *Contra* C. PRUSSIANI, *La tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità: tra antichi dibattiti e nuove prospettive della fattispecie indennitaria*, cit., 291, secondo la quale il danno da atto lecito è normalmente oggetto di valutazione equitativa, incompatibile con la determinazione forfettaria dell'indennizzo nel settore del servizio pubblico (ma il principio espresso ben può estendersi a qualsivoglia forfettizzazione *ex ante* operata dal legislatore, come accade per l'indennizzo *ex lege* 210/1992).

¹¹⁰ Questa è l'analisi di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 113 s. L'A. rileva attentamente come la soluzione prospettata appaia idonea a « salvaguardar[e] il contenuto essenziale » della posizione giuridica sacrificata « senza contraddire però l'esito del bilanciamento operato tra i due interessi in conflitto. Contraddizione, in cui, viceversa, l'ordinamento incorrerebbe se – come ritiene certa dottrina – dapprima si autorizzasse il contegno lesivo e poi si lasciasse la selezione dei danni da esso provocati alle regole contenute negli artt. 1223 ss. c.c. ».

di responsabilità ai sensi dell'art. 1337 c.c.) il pregiudizio da questi eventualmente subito per aver trascurato occasioni economiche alternative¹¹¹.

Tra le giustificazioni addotte a fondamento della ridotta quantificazione dell'indennizzo si è soliti riferire la liceità del comportamento dannoso tenuto – frutto di una precisa scelta del legislatore – pertanto meritevole di una precisa distinzione rispetto ad una condotta *non iure*.

Va comunque segnalato come, secondo parte della dottrina¹¹², la misura del ristoro, su cui peraltro insisterebbe con fermezza la giurisprudenza di legittimità¹¹³, non costituisca in realtà un distinguo sicuro. Un avallo alla tesi propugnata sarebbe offerto, *in primis*, dal dato normativo, il quale, in talune ipotesi, metterebbe in crisi la dicotomia che assegnerebbe al risarcimento il calcolo tanto del danno emergente quanto del lucro cessante e all'indennizzo il ristoro della sola prima componente¹¹⁴. Anche negli orientamenti della giurisprudenza – si riferisce – la distinzione nella determinazione dell'indennizzo e del risarcimento tende a sfumare: a tal riguardo sarebbe emblematico il caso delle immissioni, rispetto alle quali i giudici tenderebbero a liquidare una somma che, a prescindere dalla denominazione impiegata, verrebbe commisurata in base ai criteri del danno aquiliano¹¹⁵.

Ulteriore questione meritevole di approfondimento attiene alla natura della categoria in esame, al fine di comprendere se essa integri un principio generale dal carattere aperto e atipico, al pari di quanto disposto dall'art. 2043 c.c., ovvero un'eccezione.

¹¹¹ L'esemplificazione si deve a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 113.

¹¹² P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1067 s. In questo senso, cfr. anche G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 149 s. e 170, il quale esclude la misura del ristoro (*quantum debeatur*) quale elemento in grado di distinguere con sicurezza l'illecito dalla prestazione indennitaria. Dall'impiego del criterio equitativo, posto a fondamento della commisurazione dell'indennizzo, non dovrebbe automaticamente discendere una determinazione del ristoro in misura inferiore: la sanzione, infatti, pur rappresentando un indice in grado di rivelare l'esistenza dell'illecito, non lo descriverebbe in termini strutturali, trattandosi di un *posterius*.

¹¹³ Così, tra le altre, Cass. 5 settembre 1997, n. 8614, in *Mass giur. it.*, 1997.

¹¹⁴ Secondo P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 1079 ss., infatti, sarebbero svariate le fattispecie che non risponderebbero a questa rigida corrispettività « dal momento che, a volte, occorre tener conto anche del lucro cessante (in caso di recesso, ad esempio, *ex art.* 1671 c.c. in tema di appalto o *ex art.* 2227 c.c. in tema di contratto d'opera), altre volte, siffatta componente è esclusa (si pensi all'art. 1696 c.c., sul calcolo del danno in caso di perdita o di avaria; alla l. 22 agosto 1985, n. 450, con riguardo al vettore stradale) ». Ancora, l'A. si riferisce, tra le ulteriori conferme, alla disciplina della l. n. 349 del 1986 in tema di risarcimento del danno ambientale.

¹¹⁵ Lo riferisce M. BUSSANI, *L'illecito civile*, cit., 770 s. Si riscontra un risultato simile anche in ordine alle somme attribuite in caso di irragionevole durata del processo, ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89.

L'opinione di gran lunga dominante sembra tesa a leggere le fattispecie di indennizzo come un *numerus clausus*, entro dunque gli stretti limiti fissati dal legislatore¹¹⁶, anche se non mancano ricostruzioni di segno contrario¹¹⁷. Come sottolineato, infatti, pur trattandosi di un sistema connotato da « estrema frammentarietà normativa »¹¹⁸, cui consegue una « eterogeneità di impostazioni sistematiche e ricostruttive »¹¹⁹, in dottrina e giurisprudenza si nega tendenzialmente un'applicazione analogica delle previsioni indennitarie.

Giustamente, infine, si rileva come la distinzione tra risarcimento e indennizzo riverberi i propri effetti anche sul piano pratico. Si pensi, anzitutto, all'onere probatorio, rispetto al quale il danneggiato-creditore di un'indennità è dispensato dalla dimostrazione della colpa dell'autore del fatto, altrimenti rilevante per la responsabilità extracontrattuale; secondo una certa impostazione, inoltre, il termine di prescrizione breve che l'art. 2947 c.c. fissa per la responsabilità aquiliana non potrebbe estendersi, invece, alle ipotesi di fatto lecito: ai sensi dell'art. 2946 c.c., dunque, il termine di prescrizione per il ristoro indennitario rimarrebbe fissato nel termine (ordinario) decennale¹²⁰.

Ebbene, nonostante le difficoltà, da più parti rappresentate, correlate alla sistematizzazione della categoria dell'atto lecito dannoso, in considerazione delle riflessioni appena svolte e dei tratti di divergenza evocati, non pare improprio ammetterne un certo spazio di autonomia rispetto al sistema dell'illecito aquiliano.

Non solo. La trattazione appena compiuta depone a favore di una valorizzazione di tale categoria, in quanto contrassegnata da ricorrenti tratti di comunanza, che permettono di distinguere le fattispecie che ne sono espressione dall'ampio *genus* della responsabilità civile strettamente intesa.

Né tali conclusioni sembrano smentite dalla (almeno sotto il profilo qualitativo) somigliante funzione compensativa, alla quale entrambi gli istituti sono sostanzialmente orientati e che pare

¹¹⁶ Precisa M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1253, che, ad essere eccezionale, non sarebbe tanto « la responsabilità da atto lecito dannoso, bensì la previsione di una indennità in siffatte ipotesi, posto che la regola è il risarcimento integrale del danno ».

¹¹⁷ G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito*, cit., 263, riconosce una certa unanimità nella dottrina privatistica nel considerare eccezionali le fattispecie in esame. A conferma di questo orientamento l'A. evidenzia come le previsioni indennitarie rispondano « ad esigenze derivanti da specifici conflitti di interessi sorti fra due soggetti », con la conseguenza che « non si prestano naturalmente ad un tentativo di generalizzazione ». La formulazione di un principio generale non sarebbe dunque corretta.

¹¹⁸ Cfr. C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., 162.

¹¹⁹ C. BONAURO, *op. cit.*, 162.

¹²⁰ Più diffusamente, S. CICCARELLO, voce *Indennità*, cit., 104 s. e M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 132.

suggerire, come avvertito in letteratura, la possibilità di estendere all'indennizzo quei tratti di disciplina dell'obbligazione risarcitoria connotati proprio dalla richiamata funzione di compensazione del danno¹²¹.

¹²¹ In questo senso, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 115 s. Il riferimento è, a titolo esemplificativo, alla regola prevista dall'art. 2055 c.c.

PARTE II – AL DI FUORI DEL CODICE: IN PARTICOLARE, I FONDI DI INDENNIZZO

Accanto alle figure contemplate dal codice civile, anche la legislazione ad esso complementare si connota per la ricchezza di disposizioni volte a escludere dall'ambito applicativo della responsabilità aquiliana atti o fatti forieri di pregiudizio, cui l'ordinamento preferisce ricollegare invece la concessione di una previsione indennitaria.

L'attenzione verrà soffermata sulle fattispecie extracodicistiche collocate all'interno di una struttura composita, più ampia e pubblicamente gestita, definita Fondo¹²².

In questa sede, dunque, l'indennizzo è volto a realizzare, in via specifica e settoriale, gli obiettivi compensativi delineati dall'ambito operativo del fondo. Pur nella eterogeneità delle fattispecie che si andranno ad esaminare, un *trait d'union* si coglie nel riferimento al principio solidaristico, cui queste logiche di riparazione appaiono improntate.

5. La legge 25 febbraio 1992, n. 210

Tra le siffatte prestazioni, di rilevante interesse sono i casi disciplinati dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210 (« Indennizzo a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati »), correttamente definita quale schema centrale dell'esperienza *no-fault* italiana¹²³ e sulla quale preme dunque indugiare con particolare attenzione.

Ad oltre trent'anni dalla sua approvazione, l'opera di interpretazione del fondo d'indennizzo *ex lege* n. 210 pare ancora lontana dall'aver raggiunto una sua conclusione. Il dibattito, mai sopito, è stato alimentato dalla delicatezza delle fattispecie di danno ad esso relative e dalla tecnica normativa, non sempre inappuntabile, impiegata per farvi fronte.

¹²² Per un'analisi delle ulteriori figure extracodicistiche di indennizzo (ad es., per irragionevole durata del processo), valga il riferimento a M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 321 ss.

¹²³ Si allude alle riflessioni di G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, *passim*. In questo senso, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993, 58 s., per il quale la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 307/1990, su cui v. *infra*, avrebbe affermato « la responsabilità *no-fault* dello Stato per i danni alla salute derivanti dal rischio del contagio [...] ».

Nel 1992, per rispondere tempestivamente¹²⁴ alle istanze di tutela di taluni soggetti danneggiati – vaccinati, trasfusi o comunque contagiati da sangue infetto¹²⁵ – il legislatore optava per soluzioni che si allontanavano dalla stretta responsabilità civile, preferendo invece ampliare il novero delle prestazioni indennitarie: così, il contenzioso veniva canalizzato sul piano amministrativo, certamente più agevole.

Un simile esito non è andato, tuttavia, esente da critiche.

¹²⁴ A tal riguardo si leggano le pagine di G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2012, 1069 s., il quale nota come tale legge fu approvata alla fine della legislatura in un contesto di assoluta emergenza col proposito di fronteggiare « l'esteso contenzioso instaurato nei confronti dei produttori di emoderivati », « evitare la possibile nascita di un altro, rilevante, contenzioso per quanto concerne il sangue infetto » e, infine, « raccogliere, all'interno di un quadro normativo ordinato [...] le indicazioni della Corte Costituzionale [...] ». Con riferimento, poi, alla vicenda del sangue infetto, cfr. U. IZZO, *Blood, Bureaucracy and Law: Responding to HIV-Tainted Blood in Italy*, in E. FELDMAN - R. BAYER, *Blood Feuds: Aids, Blood, and the Politics of Medical Disaster*, 1999, New York-Oxford, 213 ss.

¹²⁵ Più precisamente – si consenta l'immediata rettifica – il primo comma dell'art. 1, legge n. 210/1992 assegna il beneficio a coloro che abbiano riportato « a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica », cui, con l'intervento della Corte Costituzionale, vanno equiparate talune ipotesi di vaccinazioni fortemente raccomandate e tenuto conto delle modifiche disposte dalla legge 25 luglio 1997, n. 238, commentata da G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un primo commento alla legge n. 238/1997*, in *Danno resp.*, 1997, 649 ss. (rispetto alla vaccinazione antipoliomielitica, infine, si legga Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Danno resp.*, 1998, 429 ss., con commento di G. COMANDÉ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*, ed in *Foro it.*, 1998, I, 1370 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La misura dell'indennizzo per le 'vittime' di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte Costituzionale*, nonché all'art. 3, terzo comma, della legge 14 ottobre 1999, n. 362); il primo comma-bis estende il beneficio a coloro che si siano trovati nelle stesse condizioni per essersi sottoposti a « vaccinazione anti SARS-CoV-2 raccomandata dall'autorità sanitaria italiana »; al secondo comma, invece, si assegna l'indennizzo a coloro che siano risultati « contagiati da infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati », ai quali si aggiungono « gli operatori sanitari che, in occasione e durante il servizio, abbiano riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da infezione da HIV ». L'art. 1, terzo comma, il quale prevede il ristoro anche a « coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali », è stato dichiarato parzialmente incostituzionale da Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 476, in *Danno resp.*, 2003, 154 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un'ulteriore lacuna della legge n. 210/92*; nonché da Corte Cost., 6 febbraio 2009, n. 28, in Banca dati *OneLegale*. Tenuto altresì conto di quanto disposto dalla legge 25 luglio 1997, n. 238, il quarto comma, infine, ne garantisce la spettanza ad ulteriori tre categorie di destinatari: « persone non vaccinate che abbiano riportato, a seguito ed in conseguenza di contatto con persona vaccinata, i danni di cui al comma 1; [...] persone che, per motivi di lavoro o per incarico del loro ufficio o per potere accedere ad uno Stato estero, si siano sottoposte a vaccinazioni che, pur non essendo obbligatorie, risultino necessarie; [...] soggetti a rischio operanti nelle strutture sanitarie ospedaliere che si siano sottoposti a vaccinazioni anche non obbligatorie ».

Oltre all'abbondante stratificazione normativa, si è contestata l'eterogeneità delle categorie dei danneggiati, che avrebbe richiesto scelte opportunamente differenziate¹²⁶. Ulteriori censure hanno riguardato il ricorso alla Tabella B allegata alla legge 29 aprile 1976, n. 77 (e successive modifiche intervenute)¹²⁷, ai fini della quantificazione (di una parte) del beneficio, nonché la carenza di risorse, erogate tardivamente e resa ancora più critica dal progressivo ampliamento della platea dei beneficiari¹²⁸.

Al di là della tecnica normativa adottata e del continuo processo di stratificazione della stessa (di cui si dirà *infra*), il sistema di sicurezza sociale inaugurato nel 1992 ha destato forti perplessità anche sul piano ordinamentale: pur raccogliendo senz'altro l'auspicio sollevato da attenta dottrina verso la necessaria integrazione e l'agire coordinato dei meccanismi istituzionali in risposta al danno alla persona (la sicurezza sociale e la responsabilità civile), il quadro risultante appare confusivo e talvolta lacunoso. L'esito, in buona sostanza, finisce per concretizzarsi in una « perfetta riprova di come si possono grossolanamente trasformare le potenziali sinergie delle risposte istituzionali in una loro confusa commistione »¹²⁹.

5.1. Il processo di origine

In prima battuta sembra utile ripercorrere l'origine e la dinamica normativa della legge n. 210. Un significativo ruolo di catalizzatore nell'elaborazione del programma d'indennizzo fatto proprio dalla legge in commento è stato svolto dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 307/1990¹³⁰. A provocare l'intervento della Consulta fu il Tribunale di Milano¹³¹, il quale

¹²⁶ Nota, infatti, G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio «tribolato»*, cit., 600, che, forse, « i tanti problemi sorti e le tante questioni costituzionali sollevate trovano la loro spiegazione nella profonda eterogeneità delle situazioni contemplate nella legge del 1992 ».

¹²⁷ Il rinvio è operato dall'art. 2, primo comma, legge n. 210/1992 per la determinazione dell'indennizzo di cui all'art. 1, primo comma, legge cit. Si tratta delle pensioni del personale militare per classe e categoria di appartenenza. Ne sottolinea la bizzarria, tra gli altri, G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità, in *Foro it.*, 1996, I, 2332.

¹²⁸ Lo riferisce, da ultimo, U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 80, il quale rileva, altresì, una gestione non esemplare delle procedure amministrative deputate al riconoscimento dell'indennizzo.

¹²⁹ Ci si riferisce allo studio condotto da G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999, 372 ss.

¹³⁰ Si tratta di Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 2694, con commento di A. PRINCIGALLI e nota di G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!*.

¹³¹ Se ne leggono le motivazioni in Trib. Milano, 20 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 1239, con nota di G. PONZANELLI, «*Equo ristoro*» e danni da vaccinazione antipolio, resa solo qualche mese più tardi dalla summenzionata pronuncia della Corte.

sollevò d'ufficio questione di legittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (rubricata, « Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica »), con particolare riferimento agli artt. 1, 2 e 3 ed in relazione all'art. 32 Cost., norma che si dipana lungo due direttrici: da un lato, la tutela della salute come diritto primario e fondamentale del singolo individuo (primo comma) e, dall'altro, quale interesse, qui pubblicistico, della collettività alla vaccinazione ovvero, più in generale, ai trattamenti sanitari obbligatori tesi al soddisfacimento di esigenze di sanità pubblica (secondo comma)¹³².

La necessità di ricercare un esatto coordinamento tra i contrapposti livelli del diritto alla salute era, dal giudice *a quo*, particolarmente avvertita nell'eventualità (invero concretizzatasi nella vicenda concreta oggetto del contendere) in cui il perseguimento dell'interesse pubblico recasse con sé il sacrificio di un diritto soggettivo; tale coordinamento poteva essere risolto solamente alla luce del diritto positivo che, sul punto, tuttavia, appariva del tutto lacunoso, essendo sguarnito di una base normativa da poter utilmente impiegare nel caso in esame¹³³.

La Corte territoriale rilevò, infatti, come il difetto di forme di intervento solidaristico o di strumenti riparatori alternativi avrebbe finito per svuotare di significato, finanche invalidandola, la garanzia di tutela che la Costituzione assegna all'integrità fisica della persona.

« Considerato [...] che laddove mancavano del tutto provvidenze del genere né fosse dato ricorrere a forme risarcitorie alternative sembrava al tribunale che venisse irrimediabilmente ed ingiustamente vanificata la garanzia costituzionale di tutela della «integrità fisica» della persona; che in particolare ciò avveniva nella fattispecie dove tale fondamentale diritto dell'individuo poteva venire sacrificato in conseguenza dell'esercizio da parte dello Stato di attività legittima a favore della collettività (nel specie trattamento vaccinale) senza previsione di un «compenso equivalente» od altro equipollente proporzionato al sacrificio eventualmente occorso al singolo nell'adempimento di obbligo di legge imposto nell'interesse e per le esigenze della sanità pubblica [...] ».

Nel caso oggetto del contendere, per aver accudito il proprio figlio soggetto a vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria, una signora contraeva per contagio la malattia, con conseguente paralisi spinale.

¹³² Questo aspetto appariva già chiaro a Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 87, in *Foro it.*, 1979, I, 2542, con annotazione di F. GIARDINA e M. SANTILLI, secondo cui il diritto alla salute trova tutela nell'art. 32 Cost. « non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso ».

¹³³ D'altronde, a mente dei Giudici territoriali, con riguardo alla integrità fisica non esisteva una norma specifica, né poteva tantomeno ricavarsi dall'ordinamento giuridico una « regola di carattere generale in punto di responsabilità della pubblica amministrazione per «atti legittimi» stante l'eccezionalità del principio, di portata ristretta alle sole ipotesi legislativamente contemplate nell'ambito dei diritti soggettivi preso in considerazione del dettato costituzionale (ex art. 42 Cost.) ».

Investita della questione di legittimità costituzionale, la Corte qualifica l'art. 32 Cost. come consentaneo ad una legge impositiva di trattamenti sanitari volti ad un miglioramento (o alla conservazione) dello stato di salute del singolo e della collettività, il cui interesse giustifica la limitazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica.

La Corte ha cura, poi, di distinguere l'ipotesi in cui dal trattamento scaturiscano dei pregiudizi temporanei e di scarsa entità – giudicati tollerabili in quanto conseguenze « normali di ogni intervento sanitario » – da quella di un « ulteriore danno alla salute [...] – ivi compresa la malattia contratta per contagio da vaccinazione profilattica »¹³⁴ in capo al soggetto passivo del trattamento obbligatorio.

Rispetto a questa seconda ipotesi, si rileva l'insufficienza della mera componente pubblicistica del diritto alla salute, richiedendosi l'intervento di una misura volta al ristoro del danno patito, che, alla luce del principio di solidarietà tra individuo e collettività, risulti in grado di ripristinare un « corretto bilanciamento fra le suindicate dimensioni del valore della salute »¹³⁵.

A valle delle considerazioni espresse si appunta la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, alla quale, come puntualizzato dalla Corte, rimane estranea la (diversa) ipotesi in cui il danno sia conseguenza di un comportamento colposo nella materiale attuazione del trattamento sanitario o nell'omessa comunicazione di informazioni relative al rischio di contagio¹³⁶. Per questa fattispecie si rinvia alla tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c., opportunamente differenziata dai Giudici sulla scorta dei « titoli soggettivi di imputazione » e degli « effetti risarcitori pieni »¹³⁷.

Nelle battute conclusive, l'estensore invitava il legislatore all'introduzione di un rimedio indennitario, imposto da principi di solidarietà e di giustizia distributiva, di cui la pronuncia ha già cura di scandire gli aspetti centrali: anzitutto, la riconducibilità (solo) oggettiva del danno al trattamento sanitario imposto e, in seconda battuta, la considerazione, nei limiti di una liquidazione equitativa, di « tutte le componenti del danno stesso »¹³⁸.

¹³⁴ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

¹³⁵ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

¹³⁶ Com'è evidente, il tema, trattato in via del tutto incidentale, è quello del consenso informato. In altri termini, dall'obbligo di sottoporsi al trattamento vaccinale non discenderebbe alcuna deroga rispetto al dovere informativo nei confronti del paziente.

¹³⁷ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

¹³⁸ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit. Il punto è ulteriormente sviluppato dalla stessa Corte in un'occasione successiva: proprio in quanto il singolo si espone ad un rischio per la propria salute anche per il soddisfacimento di un interesse pubblicistico, il peso delle relative conseguenze dannose dovrebbe, in ultima analisi, essere traslato sulla comunità statale. Si tratta di Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., par. 6: « La ragione determinante

Publicata la decisione costituzionale, il Tribunale meneghino ne applica i principi e ritiene di procedere anche in assenza di un referente normativo, probabilmente perché, come si spiega in dottrina, « una decisione pilatesca di *'non liquet'* », ovvero sia dichiarativa della propria incompetenza a fronte dell'assenza di parametri posti dal legislatore, « avrebbe avuto tutto il sapore di un'ingiustizia nei confronti del vero danneggiato di tutta la storia »¹³⁹.

Così, dopo aver escluso una corresponsabilità dell'attrice ed aver enucleato le diverse componenti di danno (tra le quali non si ravvisava il pregiudizio morale), i giudici operano, mediante il prudente apprezzamento *ex art. 1226 c.c.*, una decurtazione della somma che sarebbe stata dovuta a titolo di risarcimento (e cioè al ricorrere dei presupposti dell'illecito aquiliano) e che – « congruamente ridotta per un titolo di responsabilità oggettiva »¹⁴⁰, riferimento, questo, non meglio specificato – assumeva le vesti dell'equo ristoro.

5.2. L'approvazione e la successiva stratificazione normativa

Il legislatore del 1992, come è noto, ne ha accolto e ratificato lo spirito¹⁴¹. Attraverso l'approvazione del modello di sicurezza sociale *ex lege* 210, s'intendeva altresì fronteggiare le tragiche vicende relative al "sangue infetto" e il torrenziale contenzioso da queste scaturite¹⁴². A scolpire la fisionomia della legge n. 210 avevano contribuito gli interventi della stessa Consulta: invero evocativa è l'immagine di un « prolungato duetto, se non proprio un duello, tra la Corte costituzionale ed il Parlamento »¹⁴³.

Particolare attenzione verrà dedicata alla questione, non del tutto esente da criticità, del riconoscimento dell'indennizzo a seguito di trattamenti vaccinali non già obbligatori, bensì oggetto di raccomandazione da parte dell'autorità sanitaria.

del diritto all'indennizzo [...] risiede piuttosto nelle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività, laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato) effettuato anche nell'interesse della collettività ».

¹³⁹ G. PONZANELLI, «*Equo ristoro*» e danni da vaccinazione antipolio, cit., 1239.

¹⁴⁰ Trib. Milano, 20 dicembre 1990, cit.

¹⁴¹ Rimane comunque da sottolineare l'inerzia che ha contraddistinto il legislatore sul punto, rimasto per lungo tempo silente in ordine ad una disciplina sulla risarcibilità del danno derivante dalla somministrazione del vaccino. Come segnala A. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, in *Foro it.*, 1990, I, 2694, infatti, invero più risalente è la previsione di un indennizzo in favore dei proprietari che abbiano subito una procedura *lato sensu* espropriativa. Il principio ivi sotteso – per cui il privato non può essere chiamato a sopportare su di sé e per intero il costo di un sacrificio a favore della collettività – non era stato tuttavia ritenuto estensibile ad ambiti estranei alla proprietà immobiliare.

¹⁴² Sul punto, si legga la pregevole ricostruzione operata da U. IZZO, *Blood, Bureaucracy and Law: Responding to HIV-Tainted Blood in Italy*, cit., *passim*.

¹⁴³ Le parole sono di R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1352.

Tra le molte, merita anzitutto luce la pronuncia resa dai Giudici di legittimità nell'aprile 1996¹⁴⁴, intervento che, dichiarandone la parziale incostituzionalità, ha mirato a correggere la legge citata rispetto alla questione della decorrenza temporale dell'indennizzo, in origine operante solo *pro futuro* e dunque precluso rispetto alle menomazioni verificatesi in un momento anteriore all'entrata in vigore della legge¹⁴⁵.

La pronuncia, saldamente collocata lungo la scia ermeneutica già tracciata nel 1990, ne arricchisce l'apparato argomentativo: al di là della questione relativa alla retroattività della misura indennitaria, meno rilevante ai nostri fini, è interessante notare la disamina del conflitto tra la dimensione individuale e quella collettiva del diritto alla salute, specie laddove l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, alla seconda funzionale, si risolve in un pregiudizio nei confronti del singolo superiore al limite della normale tollerabilità.

La cennata frizione, che appare inevitabile – proprio perché è inevitabile il rischio di complicanze non preventivamente calcolabili –, è il risultato di una ponderazione effettuata in sede legislativa tra le summenzionate dimensioni del diritto alla salute¹⁴⁶ e che, a parere della Corte, integrerebbe, secondo una terminologia (giurisprudenziale, almeno) inedita, una “scelta tragica”: l'espressione, in realtà distante dall'originaria concezione delle “*tragic choices*”¹⁴⁷, intende rimarcare la necessità che il perseguimento di un beneficio a favore della collettività (come, nel caso in esame, l'eliminazione di un morbo) porti inevitabilmente con sé il rischio di un male, pur a scapito di pochi.

¹⁴⁴ Si tratta di Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2328 ss., con nota di G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità; in *Danno resp.*, 1996, 573 ss., con nota di G. COMANDÉ, *Diritto alla salute tra sicurezza sociale e responsabilità civile*.

¹⁴⁵ Più precisamente, il vaglio della Consulta aveva investito gli artt. 2, secondo comma (il quale prevedeva che l'indennizzo di cui al primo comma decorresse a partire dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda) e 3, settimo comma, della legge 210, in quanto contrastanti il disposto dell'art. 32 Cost.

¹⁴⁶ Come si legge in G. COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, cit., 373, tale soluzione si spiega anche in chiave giuseconomica: « la comunità statale, a fronte di due rischi potenzialmente alternativi (danni da vaccinazione e da «mancata» vaccinazione) l'uno dai costi minori rispetto all'altro, non può non scegliere in modo efficiente di sobbarcarsi quello di minore entità (la vaccinazione) e di ripartire i costi tra tutti i cittadini impegnandosi ad assumere gli oneri economici di eventuali danni alla salute ».

¹⁴⁷ Cfr., in lingua italiana, G. CALABRESI – P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano, 1978. In quella sede, infatti, gli Autori ricollegavano la tragicità delle scelte alla particolare scarsità delle risorse da distribuire. È la società chiamata a prendere una decisione in questo senso allocativa. Sul punto, v. G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità, cit., 2326 ss.

Nei confronti di questi soggetti, dunque, il dovere di solidarietà impone la predisposizione di un equo ristoro del danno, a carico proprio dell'intera collettività, da tenere distinto dagli ulteriori – concorrenti – rimedi delle misure di assistenza *ex artt. 38 e 2 Cost.* e del diritto al pieno risarcimento *ex art. 2043 c.c.*, laddove ne ricorrano le condizioni¹⁴⁸.

Nonostante i successivi interventi legislativi¹⁴⁹, la Consulta torna, dapprima nel 1998¹⁵⁰, sull'impianto normativo della legge 210 per segnalare alcuni profili di irragionevolezza. La sentenza n. 27 va segnalata in quanto, oltre a risolvere profili di quantificazione e limiti temporali, apre la strada ad una linea interpretativa di cui anche la recentissima giurisprudenza costituzionale è debitrice.

Tra le diverse questioni risolte dalla Corte, infatti, a destare interesse è specialmente quella sollevata dalla Pretura di Massa¹⁵¹ e, in parte, da quella di Trento, avente ad oggetto l'incostituzionalità della legge nella parte in cui escludeva dall'indennizzo i pregiudizi causalmente riconducibili a un trattamento vaccinale non obbligatorio al momento della somministrazione¹⁵².

¹⁴⁸ Sulla scorta delle considerazioni che precedono, allora, la Corte giudica inammissibile una limitazione temporale della provvidenza indennitaria, in quanto si risolverebbe in una riduzione parziale della stessa – preclusa al legislatore, cui compete il potere di modellare secondo equità la sola misura del diritto –, in contrasto con l'art. 32 Cost. e l'interpretazione fattane dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 307.

In dottrina, G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità, cit., 2331 s. ha notato come, in realtà, un sistema di sicurezza sociale, come quello introdotto nel 1992, si basa, per sua natura, su un numero limitato di risorse di natura economica e che al legislatore spetta, così come la quantificazione, anche la definizione degli effetti temporali dell'indennizzo. In definitiva, « la pronuncia è carente, là dove non prende in considerazione fino in fondo le razionalità economiche e le fondamenta giuridiche del sistema di sicurezza sociale ».

¹⁴⁹ A seguito dell'intervento della Corte, gli artt. 2 e 3 venivano modificati ad opera dell'art. 7, primo comma, d.l. 23 ottobre 1996, n. 548, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 641. Ancora, si segnala la legge 25 luglio 1997, n. 238, commentata da G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un primo commento alla legge n. 238/1997*, in *Danno resp.*, 1997, 649 ss., le cui modificazioni apportate alla legge 210 hanno principalmente investito la misura dell'indennizzo spettante in caso di morte, la quantificazione dello stesso per il periodo precedente all'entrata in vigore della legge e, infine, i tempi e le modalità per l'erogazione, in sede amministrativa, della provvidenza indennitaria.

¹⁵⁰ Si tratta di Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, 1369 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La misura dell'indennizzo per le 'vittime' di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte Costituzionale* e in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1349 ss., con nota di R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*.

¹⁵¹ Pret. Massa, 10 ottobre 1996, in *Danno resp.*, 1997, 372 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni da vaccinazione non obbligatoria: indennizzo ex artt. 2 e 38 Cost.?*. Ulteriori questioni erano state sollevate da Trib. Firenze, 5 febbraio 1997, in *Danno resp.*, 1997, 503, con nota di G. PONZANELLI, *Quantum dell'indennizzo retroattivo: cronaca di miserie legislative*.

¹⁵² La vaccinazione antipolio, oggetto della censura di incostituzionalità, era stata resa obbligatoria dalla legge 4 febbraio 1966, n. 51 e, nel caso sottoposto all'attenzione della Pretura di Massa, il trattamento vaccinale era stato somministrato in un momento antecedente (ma successivo alla legge 30 luglio 1959, n. 695, titolata «

La Corte accoglie la censura e sottolinea l'irrazionalità della legge laddove neghi l'indennizzo alle vaccinazioni in un secondo momento divenute obbligatorie: se è corretto il principio, posto a fondamento della giurisprudenza resa a partire dal 1990 sul punto, per cui la collettività debba farsi carico delle eventuali conseguenze negative sul singolo che espone la propria salute per la tutela di un interesse generale alla salute, non vi sarebbero ragioni per differenziare, allora, il caso di un trattamento sanitario reso obbligatorio per legge e quello che, sempre in base ad una legge, è (solo) promosso e caldeggiato dalle autorità pubbliche competenti.

Nella motivazione della sentenza si legge, infatti, che « Una differenziazione che negasse il diritto all'indennizzo in questo secondo caso si risolverebbe in una patente di irrazionalità della legge. Essa riserverebbe infatti a coloro che sono stati indotti a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale un trattamento peggiore rispetto a quello che vale a favore di quanti hanno agito in forza della minaccia di una sanzione »¹⁵³.

Come correttamente avvertito, tuttavia, il dubbio di costituzionalità non viene interamente sciolto, poiché non è dato comprendere se i requisiti minimi sottesi all'assegnazione della misura (il sacrificio del singolo a favore della collettività e un programma di incentivazione alla vaccinazione) valgano laddove oggetto di lesione sia il solo diritto alla salute o, al contrario, possano estendersi anche ad altri diritti parimenti tutelati in Costituzione; altrettanto oscuro sarebbe altresì il livello di incentivazione richiesto¹⁵⁴.

Percorrendo un arco temporale che si dipana sino a tempi recentissimi, lungo lo stesso solco ermeneutico si collocano altre pronunce dei Giudici di legittimità.

Rispetto al pregiudizio da vaccinazione antiepatite B¹⁵⁵, la Corte giunge alle conclusioni già prospettate in ordine al vaccino antipolio, per cui la conduzione di una campagna legalmente promossa dalle autorità sanitarie al fine di favorire la diffusione capillare della vaccinazione¹⁵⁶ non dovrebbe costituire elemento discriminante, ai fini della corresponsione di un indennizzo,

Provvedimenti per rendere integrale la vaccinazione antipoliomielitica » la quale tuttavia non codificava un vero e proprio obbligo vaccinale, limitandosi a incentivarne la pratica).

¹⁵³ Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, cit.

¹⁵⁴ G. COMANDÈ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*, cit., 436 s.

¹⁵⁵ Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, in *Danno resp.*, 2001, 490 ss., con nota di A. CASTELNUOVO e S. PINTUS, *La politica dei piccoli passi: nuovi interventi della Corte Costituzionale sugli indennizzi da contagio*.

¹⁵⁶ In effetti, la Corte segnala che, a partire dal 1983, il Ministero della Salute (ben prima, dunque, dell'introduzione dell'obbligo vaccinale con legge 27 maggio 1991, n. 165) aveva promosso una campagna volta alla sensibilizzazione verso i rischi dell'epatite B, quale parte di un più ampio programma di diffusione della vaccinazione.

rispetto ad un obbligo di legge¹⁵⁷. In definitiva, allora, « la ragione determinante del diritto all'indennizzo » consisterebbe nella « esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario »¹⁵⁸ e non, invece, nella « obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse »¹⁵⁹.

Ancora, nel 2012 la giurisprudenza costituzionale¹⁶⁰ si arricchisce di un nuovo intervento, teso a riconoscere un equo ristoro anche a coloro che abbiano subito un pregiudizio dalla somministrazione della vaccinazione MPR (morbillo, parotite e rosolia).

Ripercorrendone l'*iter* motivazionale, si comprende come, in base al disposto combinato degli artt. 2, 3 e 32 Cost., ai fini dell'assegnazione del ristoro appaia del tutto neutra la riconducibilità dell'adesione del cittadino all'interesse alla prevenzione, « dal lato attivo, a un obbligo, o, piuttosto, a una persuasione » o, per converso, « dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito »¹⁶¹.

In altri termini, a prescindere dalla tecnica adottata – obbligo o raccomandazione, entrambi comunque incidenti, sia pure nella loro diversità strutturale, sull'autodeterminazione del singolo¹⁶² – dovrebbe rilevare, in ultima analisi, la sola implementazione di istanze

¹⁵⁷ La Corte Costituzionale ha modo di affrontare due ulteriori questioni: anzitutto, il mancato riconoscimento del danno biologico, dai Giudici ritenuto non incostituzionale, in quanto proprio del (diverso) regime della responsabilità civile; in secondo luogo, l'estensione al passato del beneficio goduto da soggetti che abbiano subito un danno irreversibile da epatite post-trasfusionale. Su quest'ultimo profilo si appuntano le critiche di A. CASTELNUOVO e S. PINTUS, *La politica dei piccoli passi: nuovi interventi della Corte Costituzionale sugli indennizzi da contagio*, cit., 490 ss., per i quali l'accoglimento della censura avrebbe rappresentato un'occasione per ricondurre a razionalità e coerenza un sistema, quale quello delineato dalla legge n. 210, di sicurezza sociale.

¹⁵⁸ Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, cit.

¹⁵⁹ Corte Cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 600, con nota di G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio «tribolato»*.

¹⁶⁰ Corte Cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1893 ss., con nota di L. LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*; in *Danno resp.*, 2012, 1063 ss., annotata da G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*.

La questione era stata sollevata dal Tribunale di Ancora con soluzione – la remissione alla Corte – divergente dal *decisum* del precedente Trib. Rimini, 15 marzo 2012, in *Danno resp.*, 2012, 1067 s., con nota di G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, il quale aveva optato per un'interpretazione estensiva, costituzionalmente orientata: per questa via, la Corte di merito aveva escluso che la non obbligatorietà della vaccinazione fosse condizione ostativa al riconoscimento dell'indennizzo.

¹⁶¹ Cfr. sempre Corte Cost., 26 aprile 2012, n. 107, cit.

¹⁶² A tal proposito, Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 874 ss., con nota di M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, ha avuto modo di affermare che « nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo [...] ».

solidaristiche di salute (anche) pubblica e, per quanto più interessa, il perseguimento della profilassi della malattia in termini di « raggiungimento della massima copertura vaccinale »¹⁶³. Se è questa, dunque, la *ratio*, non apparirebbe certo ragionevole assegnare un trattamento deteriore a chi, non essendovi obbligato, abbia spontaneamente aderito alla campagna vaccinale (senza contare, poi, l'effetto di affidamento ingenerato in capo alla collettività dalla reiterazione, nel tempo, di un programma sanitario di raccomandazione)¹⁶⁴: per questa via, s'intende riaffermare, completandolo, quel « patto di solidarietà »¹⁶⁵ stretto tra collettività e individuo in tema di salute.

Rimane infine da identificare il soggetto deputato alla selezione delle ipotesi vaccinali interessate dall'indennizzo¹⁶⁶.

Di tale giudizio – da svolgersi sulla base delle singolari peculiarità della campagna di profilassi e l'effettiva *vis* informativa¹⁶⁷ – non può che essere investita la sola Corte Costituzionale: pur competenti ad accertare « in fatto [...] l'esistenza di raccomandazioni circa il ricorso alla vaccinazione in esame »¹⁶⁸, i giudici rimettenti non, pare, possono proporre la strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale rischierebbe di risolversi in una « sostanziale disapplicazione *ope iudicis* della disposizione censurata »¹⁶⁹.

¹⁶³ In questi termini si è espressa Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, par. 6, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1029 ss., con nota di A. CAPPELLO, *La somministrazione pregiudizievole del vaccino antinfluenzale raccomandato*, ed in *Giur. cost.*, 2018, 1, 374, con nota di L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in una decisione relativa al pregiudizio derivante da vaccinazione antinfluenzale raccomandata.

¹⁶⁴ Cfr. L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, cit., 374 ss.

¹⁶⁵ Il riferimento è a Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., par. 6. Sempre secondo i Giudici, non dovrebbe nemmeno sottovalutarsi il risparmio, non solo economico, derivante dalla profilassi di epidemie influenzali che, in condizioni ordinarie, peserebbero significativamente sul sistema sanitario nazionale e sulle attività lavorative (*ivi*, par. 7.1).

¹⁶⁶ Valutazione che, in ultima analisi, consente di distinguere opportunamente una qualunque « generica indicazione di profilassi proveniente dalle autorità pubbliche » (così, Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2135 ss., con nota di A. PARZIALE, *Vaccinazione raccomandata anti-epatite A: il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'estensione della tutela indennitaria*) dal programma sanitario d'incentivazione effettivamente finalizzato alla tutela di ragioni anche collettive.

¹⁶⁷ Da Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., par. 7, ricaviamo alcuni fattori in tal senso indicativi: « insistite e ampie campagne anche straordinarie di informazione e raccomandazione da parte delle autorità sanitarie pubbliche nelle loro massime istanze; distribuzione di materiale informativo specifico; informazioni contenute sul sito istituzionale del Ministero della salute; decreti e circolari ministeriali; piani nazionali di prevenzione vaccinale; oppure la stessa legge [...] ».

¹⁶⁸ Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, cit., par. 2.

¹⁶⁹ Si legga Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, cit., par. 2, riferendosi all'ordinanza di rimessione.

In senso ostativo si porrebbe lo stesso tenore letterale della norma, univoco e stringente¹⁷⁰: « vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana ».

Peraltro, le declaratorie di (parziale) incostituzionalità già rese dalla Consulta in tema di trattamento vaccinale facoltativo, poiché riferite a specifiche ipotesi di profilassi, non possono costituire un principio di diritto applicabile in via automatica ad ogni altra vaccinazione.

Pur tecnicamente incensurabile, un simile *modus operandi*, laddove impone ai giudici del merito di sollevare di volta in volta una questione di incostituzionalità, potrebbe prestare il fianco ad alcune obiezioni in termini di tempestività di accesso alla tutela¹⁷¹.

Resta da chiedersi se i timori di un'espansione incontrollata del perimetro applicativo del fondo non siano sufficientemente controbilanciati dalla determinatezza dei criteri resi dalla stessa Corte, la quale ha più volte e con precisione segnato il confine tra il trattamento rilevante (obbligatorio o raccomandato che sia) e la vaccinazione genericamente incentivata.

Come correttamente evidenziato, allora, sembra ragionevole supporre che siano proprio ragioni di finanza pubblica, rimesse al decisore politico e alla discrezionalità di questi, ad ostare ad una riscrittura in senso più generoso della norma di apertura della legge n. 210¹⁷².

5.3. Risarcimento del danno e indennizzo

A tutela dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di un'emotrasfusione ovvero della somministrazione di emoderivati infetti o di un vaccino, l'ordinamento giuridico ha predisposto un duplice ordine di rimedi: accanto (e indipendentemente da) all'azione risarcitoria, ove ne ricorrano i presupposti applicativi, si colloca, al di fuori del territorio presidiato dalla responsabilità civile, la tutela indennitaria

¹⁷⁰ Cfr. da ultimo Cass. 30 maggio 2022, n. 17441, in *Dir. giust.*, 2022, 5 ss., con nota di R. DULIO, *I danni da vaccinazione non obbligatoria ma raccomandata sono indennizzabili?*, con riguardo alla vaccinazione raccomandata antimeningococcica. Principio ribadito anche dalla recente Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 118, cit., 2135 ss. In dottrina, si legga A. CAPPELLO, *La somministrazione pregiudizievole del vaccino antinfluenzale raccomandato*, cit., 1035 s. che, con riguardo a Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., rileva che la dichiarazione di incostituzionalità si fosse resa necessaria a fronte dell'impossibilità di procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata in considerazione della "perimetrazione blindata" della norma.

¹⁷¹ Assai condivisibili e chiare sono le riflessioni di A. PARZIALE, *Vaccinazione raccomandata anti-epatite A: il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'estensione della tutela indennitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2135 ss.

¹⁷² Cfr. A. PARZIALE, *op. cit.*, 2135 ss. Per un'analisi recente sul punto, si permetta il rinvio ad A. VOLPATO, *Sui mobili confini dell'indennizzo da vaccinazione (raccomandata)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 70 ss.

corrisposta dallo Stato ai sensi della più volte citata legge n. 210/1992, alla quale va sommato il diritto a generali misure di sostegno assistenziali¹⁷³ a norma degli artt. 2 e 38 Cost.

La risposta indennitaria è erogata dall'Amministrazione, sentita la Commissione medico-ospedaliera, chiamata ad esprimere mediante parere un « giudizio sanitario » (art. 4, primo comma) in ordine alla sussistenza del nesso di causalità¹⁷⁴ tra il fatto dannoso (« vaccinazione, trasfusione, somministrazione di derivati, il contatto con il sangue e derivati in occasione di attività di servizio ») e la menomazione dell'integrità psico-fisica (o la morte), poi oggetto della redazione di un verbale (art. 4, secondo comma)¹⁷⁵.

Come reso chiaro dall'art. 1, primo comma, l'attribuzione dell'indennizzo prescinde da qualsivoglia riferimento all'elemento soggettivo, qualificandosi a tutti gli effetti come modello indennitario *no-fault*¹⁷⁶: esso è invece subordinato alla prova, gravante sull'interessato, dell'effettuato trattamento vaccinale, di un danno alla salute da questi subito, oltre, infine, all'accertamento del nesso eziologico, da valutarsi secondo lo standard probatorio della “ragionevole probabilità scientifica”¹⁷⁷.

¹⁷³ Sembra opportuno riportare per esteso il passaggio motivazionale di, *ex plurimis*, Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, cit., par. 6: « la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare una di queste tre conseguenze: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 del codice civile, in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi ».

¹⁷⁴ Sulla dimostrazione del nesso causale (nell'ambito che qui interessa) si avrà modo di indugiare nel prosieguo della trattazione: trattasi di questione centrale, per le ragioni sopra esposte, ai fini del riconoscimento dell'indennizzo, la quale è stata al centro di ricostruzioni giurisprudenziali non sempre convincenti.

¹⁷⁵ Per un'analisi in ordine alla domanda di indennizzo ed alla relativa procedura, si rinvia al recente scritto di P. FRATI – A. CAMPOLONGO – A. ALESII – R. LA RUSSA – N. DI FAZIO – V. LO VOI – V. FINESCHI, *Tutele azionabili nei confronti del Ministero della Salute per danni da vaccinazione anti covid-19*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1353 ss.

¹⁷⁶ Correttamente, infatti, si è qualificato il fondo d'indennizzo *ex lege* 210 quale schema centrale dell'esperienza *no-fault* italiana. Sul punto, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., *passim*; cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, cit., 58 s.

¹⁷⁷ Così prescrive la Corte anche nell'ordinanza in commento. Da ultimo, tra le molte, cfr. Cass. 23 ottobre 2017, n. 24959, in *Ced Cassazione* 2017; Cass. 29 marzo 2019, n. 8788 e Cass. 24 giugno 2020, n. 12445, entrambe in Banca dati *OneLegale*; non sarebbe, invece, sufficiente la mera possibilità di una correlazione eziologica tra le vaccinazioni e la malattia.

Con riferimento alla prova del nesso causale nell'indennizzo da vaccinazione, v. A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, 1067 ss.; R. PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1796 ss.; A. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 2, 345 ss.

Il beneficio corrisposto è fin dall'origine concepito alla stregua di un'autonoma « misura economica di sostegno aggiuntiva »¹⁷⁸, di natura solidaristica, consistente in un « equo ristoro »¹⁷⁹ del danno patito e da assegnare « per il solo fatto obiettivo e incolpevole dell'aver subito un pregiudizio inevitabile, in un'occasione dalla quale la collettività nel suo complesso trae beneficio »¹⁸⁰.

Una volta accertato l'*an*, la liquidazione dell'indennizzo è sganciata dall'effettiva entità del danno, per rispondere a parametri fissi stabiliti dalla legge¹⁸¹, diversamente da quanto accade per la responsabilità civile¹⁸²: non residuerebbe, quindi, alcuno spazio valutativo in ordine al pregiudizio concretamente sofferto dal danneggiato¹⁸³.

Rispetto alla misura del ristoro¹⁸⁴, aspetto tra i più critici e discussi del sistema indennitario *ex lege* 210, il legislatore si è allontanato decisamente dalle indicazioni offerte dalla pronuncia n. 307, per la quale la liquidazione del beneficio avrebbe nondimeno dovuto considerare « tutte le componenti del danno stesso »¹⁸⁵; preferendo sganciare la quantificazione dell'indennizzo dall'effettiva entità del danno sofferto, questi ha valorizzato la diversa esigenza di *aequitas* ivi sottesa, con ciò marcando un ulteriore tratto differenziale rispetto alla tutela contro l'illecito, invece caratterizzata da « effetti risarcitori pieni »¹⁸⁶.

Il limite intrinseco di una riparazione solo parziale del danno che conseguirebbe ad una forma indennitaria di tutela, in luogo della completa reintegrazione offerta dall'azione ordinaria, spiega la necessità di risolvere l'ulteriore questione del concorso tra le due azioni.

¹⁷⁸ Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, cit., par. 3. In quella sede, inoltre, la Corte afferma come la disciplina della legge 210/1992 « operi su un piano diverso da quello in cui si colloca quella civilistica in tema di risarcimento del danno, compreso il cosiddetto danno biologico ».

¹⁷⁹ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 327, cit., par. 2.

¹⁸⁰ Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, cit., par. 5.

¹⁸¹ Sul punto, si consenta un rinvio alle pagine precedenti.

¹⁸² Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, cit., par. 3.

¹⁸³ Tale fissità è stigmatizzata da M.R. SCOTTI, *Vaccinazione e prodotto farmaceutico nel sistema della responsabilità civile da attività lecite. Una lettura alla luce dei principi costituzionali*, cit., 68 ss., la quale sottolinea con fermezza la « assoluta inadeguatezza della riparazione indennitaria », tanto sotto il profilo della irrisorietà della misura, quanto sotto quello giuridico.

¹⁸⁴ Oltre alla provvidenza indennitaria disciplinata dal primo comma dell'art. 2, è oggi corrisposto anche un assegno *una tantum* per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento pregiudizievole e l'ottenimento dell'indennizzo (art. 2, secondo comma). In caso di morte del soggetto, invece, l'indennità è calcolata in base alle indicazioni del terzo comma dell'art. 2.

¹⁸⁵ Ci si riferisce a Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit., par. 3. Precisa, infatti, che « si introduce un rimedio destinato a operare [...] nei limiti di una liquidazione equitativa che *pur* [corsivo nostro] tenga conto di tutte le componenti del danno stesso ».

¹⁸⁶ Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, cit., par. 5.

Pur non esplicitamente disciplinato, esso appare oltremodo pacifico in giurisprudenza e dottrina¹⁸⁷: l'impianto normativo del fondo d'indennizzo non sembra ostare, infatti, al diritto di agire in giudizio in via ordinaria al fine di ottenere il pieno risarcimento dei danni subiti.

In questo senso, per escluderne l'alternatività, occorre considerare che i due rimedi postulano tra loro esigenze di prova, presupposti, *petitum* (cui talvolta si somma una differente legittimazione passiva¹⁸⁸) non omogenei; si tratterebbe, in definitiva, di pretese tra loro diverse per natura giuridica e struttura¹⁸⁹, portatrici di vantaggi differenziati: l'una, infatti, azionabile anche in assenza di profili di colpa da parte del soggetto tenuto all'erogazione della prestazione; l'altra, invece, consentanea ad una riparazione integrale.

¹⁸⁷ In questo senso sembra deporre, tra le molte, Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27, cit., par. 4.1., laddove argomenta che « il dovere di solidarietà [...] impone alla collettività [...] di predisporre » a favore del singolo che si sia sottoposto a un trattamento sanitario obbligatorio « i mezzi di una protezione specifica consistente in una «equa indennità», fermo restando [corsivo nostro], ove se ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno ». La non alternatività tra rimedi era già chiara a Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit., par. 2, allorché rinvia alla disciplina generale della responsabilità civile per la tutela risarcitoria relativa al « danno *ulteriore* (corsivo nostro) – che risulti “*iniuria datum*” ». Tale posizione è stata poi recepita da, *ex plurimis*, Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, cit., la quale ha riconosciuto l'astratta compatibilità tra rimedi, senza però spingersi ad una definizione più precisa dei termini del rapporto.

In questo senso è anche l'indicazione offerta dalla legge 29 ottobre 2005, n. 229 (« Disposizioni in materia di indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie »), che all'art. 1, primo comma, dispone: « rimane fermo il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante da fatto illecito ».

Per la giurisprudenza di legittimità, si v. Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 294 ss.

¹⁸⁸ In breve, in quanto ciò esula dall'economia della trattazione, con riguardo alla legittimazione passiva in ipotesi di danno da emotrasfusione (o somministrazione di emoderivati infetti), occorre considerare la posizione della Pubblica Amministrazione (il Ministero della Salute), responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. per omesso controllo o negligente vigilanza, cui si aggiunge quella dei centri trasfusionali, delle strutture ospedaliere, dei singoli operatori sanitari e delle aziende farmaceutiche produttrici di emoderivati. Secondo U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti) – atto II*, cit., 40 ss., in realtà, « vera e propria tasca profonda elettiva » del contenzioso era il Ministero della Salute. Così, anche A. MANTELERO, *Il ruolo dello Stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa. Tre variazioni sul tema: uranio impoverito, emoderivati e Vajont*, Torino, 2013, 96 s. La legittimazione passiva, ad onor del vero, molto risente della frequenza con cui i trattamenti (poi rivelatisi pregiudizievoli) sono stati effettuati: così, nel caso di emotrasfusioni periodiche, è preferito il Ministero della Salute, ove, in ipotesi di trasfusioni occasionali, esperire un'azione verso il singolo professionista sanitario o la struttura sanitaria nella quale è stato effettuato il trattamento appare più agevole.

Per la somministrazione di vaccini, si considerino profili di responsabilità in capo al professionista sanitario e/o la struttura, il Ministero della Salute o il produttore del vaccino. Si legga, sul punto, R. BREDI, *Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 289; nonché A. PURPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 810.

¹⁸⁹ Cfr., tra i primi ad argomentare sul punto, G. PONZANELLI – A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, 952 ss. Anche per G. COMANDÈ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionali ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*, cit., 432, si tratterebbe di rimedi che non si escluderebbero; anzi, proprio in quanto si completano, dovrebbero essere coordinati tra di loro. Sulla concorrenza tra rimedi si v. anche M. GORGONI, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento o indennizzo?*, in *Danno resp.*, 1997, 738 s.

5.3.1. La ricerca di un criterio di raccordo: il bivio tra cumulo e scorporo

A destare maggiori perplessità è, invece, la possibilità di cumulare il diritto al risarcimento con il beneficio indennitario, laddove il danneggiato sia stato ammesso ad accedere ad entrambi i sistemi di tutela; questione resa tanto più complicata dall'assenza – singolare, se si considera l'instancabile processo di integrazione che ha accompagnato il cammino della legge 210 – di un criterio di raccordo volto a regolare il rapporto tra il risarcimento del danno e l'assistenza accordata a titolo di indennizzo¹⁹⁰.

Già i primi commentatori al sistema di *social security* inaugurato nel 1992 avevano evidenziato le criticità di orientamenti a favore del cumulo, avanzando la soluzione, qualche tempo più tardi accolta, di detrarre dall'ammontare del risarcimento la somma percepita a titolo di indennizzo (ipotizzando altresì una successiva azione di rivalsa dello Stato nei confronti del responsabile)¹⁹¹.

Eppure, a fraporsi al piano accoglimento della predetta ricostruzione sarebbe, secondo taluni, il disposto – in seguito modificato – dell'art. 2, secondo comma, l. 210/1992, allorché si prevede che « l'indennizzo è cumulabile con *ogni altro emolumento* a qualsiasi titolo percepito »¹⁹². Tale precetto, stigmatizzabile per la sua ellitticità, è stato infatti interpretato nel senso di intendere estensivamente la nozione di “emolumento” sì da sovrapporla a quella, più comune, di “compenso”, dunque comprensiva anche delle somme ottenute a titolo risarcitorio, per ammettere in ultima istanza il cumulo tra benefici¹⁹³.

¹⁹⁰ Come avverte C. AMATO, *La “disfunzione sistemica” dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, cit., 815 ss. (in part. nt. 32), anche la giurisprudenza convenzionale ha mosso censure al « reticolato intricato » della legge n. 210, sottolineandone il « *dysfonctionnement systémique affectant la protection du droit conventionnel en cause dans l'ordre juridique interne* ».

¹⁹¹ G. PONZANELLI – A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, cit., 952 ss.

¹⁹² Il periodo – assente nella formulazione originaria della legge n. 210 – è stato aggiunto in seguito per opera dell'art. 1, primo comma, legge 25 luglio 1997, n. 238 (« Modifiche ed integrazioni alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati »).

¹⁹³ Tra i sostenitori di questo indirizzo, C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 315, secondo cui l'interpretazione offerta in giurisprudenza al termine “emolumento” non sarebbe soddisfacente in quanto si arresterebbe ad una lettura esclusivamente letterale della norma. Ad ulteriore sostegno del cumulo vi sarebbero anche argomenti di ordine costituzionale. Sul punto, giunge a conclusioni non difformi, altresì, A. BENNI DE SENA, *Responsabilità sanitaria da emotrasfusione: rapporto tra risarcimento del danno e indennità ex l. n. 210/1992*, in *Ridare.it*, 2 marzo 2017. L'A. sottolinea come la tesi dello scorporo debba fare i conti con un sistema più ampio di quello squisitamente risarcitorio e soggiacerebbe ad alcune censure di compatibilità costituzionale: « da una parte, si pone in contrasto con quel diritto/dovere di assistenza e solidarietà sociale [...], dall'altra si pone in contrasto con il delicatissimo principio della capacità contributiva [...]. Se si riconduce tutto nell'ottica risarcitoria, è chiaro che il danneggiato riceve meno di quello a cui ha diritto, in forza di quella assistenza sociale garantita anche dal pagamento dei tributi da parte di tutti ».

Un ulteriore ostacolo andrebbe inoltre ravvisato, in tesi, nella diversità del titolo (risarcitorio ovvero indennitario) che contraddistingue i benefici da assegnare al danneggiato, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale¹⁹⁴.

A fronte delle difficoltà menzionate, la giurisprudenza veniva posta dinanzi all'alternativa tra i seguenti criteri, tutti astrattamente prospettabili: scelta (rimessa al soggetto passivo del trattamento, chiamato a decidere se agire in via ordinaria ovvero ricevere un indennizzo), cumulo (tra benefici collaterali e la somma percepita a titolo di responsabilità civile), rimborso (richiesto dall'ente assicuratore al danneggiante *ex art. 1916 c.c.* dopo aver provveduto ad indennizzare il danneggiato) e compensazione, ossia la detrazione dall'ammontare del risarcimento di quanto percepito in virtù di una fonte collaterale¹⁹⁵.

Pur attraverso percorsi motivazionali differenti, un orientamento si mostrava favorevole allo scorporo di quanto già conseguito a titolo di indennizzo dalla somma da liquidare in sede di risarcimento del danno¹⁹⁶.

In altra sede, invece, si escludeva il ricorso alla decurtazione delle somme, sostenendo l'alterità del fatto concreto dal quale sarebbe derivato il beneficio economico ed il danno¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Sempre in questo senso, cfr. C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, cit., 315 ss.

¹⁹⁵ Tale enucleazione va attribuita interamente a P. GALLO, *Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali*, in *Giur. it.*, 2018, 66 s. Nondimeno, è bene rammentarlo, il dibattito giurisprudenziale ha principalmente riguardato i due poli opposti del cumulo e della detrazione.

¹⁹⁶ Cfr. tra le prime Trib. Roma, 8 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 622, con argomenti assai simili a quelli in seguito prospettati dalle Sezioni Unite: « la diversa natura giuridica delle due attribuzioni [...] non giustifica il cumulo integrale di indennizzo e risarcimento », il quale darebbe luogo ad un « arricchimento ingiustificato di cui beneficerebbe la vittima ». La Corte condivide dunque la teoria dello scomputo, « nel senso che il giudice del giudizio risarcitorio è tenuto a detrarre dall'eventuale maggior importo del danno risarcibile [...] quello [...] liquidato dalla stessa amministrazione a titolo di indennizzo, con la conseguenza che, nel caso in cui quest'ultimo sia invece maggiore (o uguale) all'importo del danno risarcibile, la domanda risarcitoria deve essere rigettata ». Il Tribunale contestava poi la lettura, altrove offerta, del termine "emolumenti": sotto un piano letterale, infatti, l'espressione rievoca corrispettivi tipici di rapporti diversi dal fatto illecito; in ogni caso, per ritenere che tra gli emolumenti figurino anche il risarcimento del danno « si dovrebbe ammettere che il legislatore abbia voluto riconoscere al danneggiato sia l'indennizzo che il risarcimento (entrambi in misura piena) anche nel caso in cui tenuto a corrisponderli sia lo stesso soggetto (ministro della salute). Ma ciò è difficile credere, essendo invece ragionevole ritenere che l'affermato cumulo acquisti contenuto con riferimento, soprattutto, agli altri emolumenti «di natura propriamente assistenziale in ipotesi dovuti anche in ragione dell'inabilità al lavoro derivante dal danno subito in conseguenza del trattamento sanitario» (v. Corte cost. 27/98 e Cass. 13923/00) ».

Sul punto, in dottrina, A. QUERCI, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346.

¹⁹⁷ In questo senso, tra le prime, Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 313, con nota di U. IZZO, precisando che il risarcimento del danno va riconosciuto « indipendentemente ed in aggiunta alle provvidenze di natura indennitaria di cui alla l. 210/92 ». In senso analogo, si legga Trib. Roma, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 2900; Trib. Bari, 20 marzo 2004, n. 562, in *Diritto e Giustizia*, 2004, 24, 81.

In realtà, nel rievocare – come fa l’indirizzo appena espresso – i principi espressi dalla Consulta, ponendoli a fondamento dei propri *decisa*, sembra che si arrivi ad operare una sovrapposizione tra i due diversi piani: quello della concorrenza tra le diverse azioni e quello, distinto, del cumulo tra i benefici da queste originanti. La Corte riconosce infatti la convivenza tra i rimedi, la cui diversità per natura e struttura è indubbia, ma non si spinge fino a regolare con precisione i rapporti tra i benefici e, dunque, a decretarne la cumulabilità.

A rompere definitivamente gli indugi è la Suprema Corte che, pronunciandosi in relazione al danno da emotrasfusioni infette (pure regolato dalla legge n. 210/1992), ha stabilito – con motivazione invero parsimoniosa – che gli importi ricevuti a titolo di indennizzo debbano essere scomputati dal risarcimento del danno dovuto dal Ministero della Salute; diversamente – argomentano i giudici – la vittima si troverebbe a godere di un ingiustificato arricchimento¹⁹⁸ poiché, in relazione ad uno stesso fatto lesivo (*i.e.* la trasfusione di sangue o la somministrazione di emoderivati infetti), si vedrebbe corrispondere, dal medesimo soggetto – l’Amministrazione statale –, tanto l’integrale risarcimento del danno quanto l’elargizione indennitaria¹⁹⁹.

In dottrina, per argomenti a sostegno della teoria del cumulo, cfr. A. CASTELNUOVO e S. PINTUS, *Infezione da HIV: il ristoro del danno tra indennizzo e risarcimento*, in *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 439 ss.

Pur affermando la concorrenza tra rimedi, non sembra prendere posizione in ordine alla cumulabilità dei benefici, Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1204 ss. (in part. 1209), con nota di V. CARBONE.

¹⁹⁸ Pertanto, come avverte correttamente I. PUXEDDU, *Divieto di cumulo e indeterminatezza del lucrum*, in *Corr. giur.*, 2019, 1040, ove si ammettesse il cumulo, « l’attribuzione risarcitoria, a fronte dell’attribuzione indennitaria, costituirebbe una ipotesi di arricchimento sine causa, evocante l’ipotesi di cui all’art. 2041 c.c. ».

¹⁹⁹ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Ced Cassazione 2008*. Conviene riportare il principio espresso in quella sede, poi fatto proprio dalla successiva giurisprudenza di legittimità: « va osservato che la diversa natura giuridica dell’attribuzione indennitaria ex L. n. 210 del 1992, e delle somme liquidabili a titolo di risarcimento danni per il contagio da emotrasfusione infetta da HIV ed HCV a seguito di un giudizio di responsabilità promosso dal soggetto contagiato nei confronti del Ministero della sanità, per aver omesso di adottare adeguate misure di emovigilanza, non osta a che l’indennizzo corrisposto al danneggiato sia integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento ».

Peraltro, se la motivazione posta a fondamento dello scomputo risiede proprio nel principio di integrale riparazione del danno (e lo speculare divieto di locupletazione), sembra a chi scrive che il criterio così enucleato debba applicarsi, per identità di *ratio*, anche alle altre fattispecie indennitarie contemplate dalla legge n. 210/1992, ivi compreso, dunque, il pregiudizio arrecato dalla somministrazione di un vaccino.

Sebbene in forma inespressa²⁰⁰, il riferimento è al criterio della *compensatio lucri cum damno*²⁰¹, istituto posto al crocevia tra opposti risultati di *overcompensation* e sostanziale impunità, cui sarà da quel momento affidata la gestione del rapporto tra danno ed indennizzo²⁰². L'esito ermeneutico portato dall'orientamento dominante²⁰³ – secondo cui si imporrebbe la sottrazione delle somme dovute in base ai titoli sopra esaminati, pur riconoscendo la diversa natura degli stessi – è stato al centro di diverse letture.

Per alcuni, la giurisprudenza avrebbe *sic et simpliciter* ignorato l'ostacolo della diversità dei titoli propri delle pretese creditorie, per soffermare invece l'attenzione sulla circostanza che uno stesso soggetto subisca un depauperamento irragionevole per effetto della duplice elargizione²⁰⁴.

Secondo l'interpretazione forse preferibile, i Giudici di legittimità avrebbero aderito ad una visione in chiave sostanzialistica del titolo dell'attribuzione recata dal fondo *ex lege* 210, così disvelandone la natura *de facto* risarcitoria per aprire all'operatività della *compensatio*, evitando però di confrontarsi con le implicazioni e i limiti della stessa²⁰⁵.

²⁰⁰ In questo senso M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008, 207 ss., la quale individua nelle fattispecie di indennizzo *ex lege* 210 un'ipotesi di applicazione implicita del principio in esame senza espresso riconoscimento. Preme considerare, infine, che nelle più recenti pronunce di legittimità, invece, il riferimento alla *compensatio lucri cum damno* è reso palese ed esplicito.

²⁰¹ L'istituto è stato oggetto delle recenti Cass., sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Danno resp.*, 2018, 410 ss., con nota, tra i molti, di R. PARDOLESI e P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*.

²⁰² In questo senso, cfr. U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti) – atto II*, cit., 40 ss., il quale sottolinea criticamente che « nel silenzio della legge, in ciò sciattamente sfornita di previsioni *ad hoc* deputate a gestire il problema », il problema del rapporto tra benefici « ha finito per essere affidato al filtro della *clcd* ».

²⁰³ Da ultimo, tra le molte pronunce (tutte conformi all'arresto delle Sezioni Unite) e senza ambizioni di esaustività, Cass. 14 marzo 2013, n. 6573, in *Giust. civ. mass.* 2013; Cass. 14 febbraio 2019, n. 4309, in *Rass. dir. farm.*, 2019, 832; Cass. 9 luglio 2019, n. 18340, in Banca dati *DeJure*; Cass. 3 settembre 2019, n. 21967, in Banca dati *DeJure*; Cass. 10 settembre 2019, n. 22528, in Banca dati *DeJure*; Cass. 6 maggio 2020, n. 8532, in *Danno resp.*, 2020, 724 ss., con nota di A. VOLPATO, *Compensare per riparare: il caso del danno da emotrasfusioni infette*; Cass. 1° luglio 2021, n. 18723, in *Ridare*, 8 ottobre 2021; Cass. 1° settembre 2022, n. 25827, in *Ridare*, 7 settembre 2022.

²⁰⁴ Ci si riferisce a M. FERRARI, *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*, in *Contr. impresa*, 2014, 1197 ss.

²⁰⁵ U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti) – atto II*, cit., 40 ss. In dottrina, a sostenere la correttezza dello scorporo è, tra gli altri, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 714 s. In particolare, alla nt. 43 l'A. sottolinea come, sebbene la motivazione a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, cit., si basi sulla *compensatio*, in realtà « si tratta dell'appartenenza delle due specie riparatorie al medesimo genere: il risarcimento del danno ». Una posizione più sfumata è assunta da L. LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, cit., 1893 ss., il quale, per un verso, fa dipendere la cumulabilità dei benefici dall'identità o meno del titolo e, per un altro, solleva qualche obiezione rispetto al convincimento che la *ratio*

In termini non dissimili, si assegna al beneficio indennitario in esame il carattere di risarcimento anticipato, nonostante il difetto normativo di un meccanismo di surroga volto alla (più) corretta allocazione del costo del danno²⁰⁶: a prescindere, dunque, dal *nomen iuris*, dai presupposti e, più in genere, dalla loro formale eterogeneità, non sarebbe da escludere che indennizzo e risarcimento possano rivestire una medesima, identica funzione; una visione teleologico-funzionale, infatti, recherebbe con sé l'effetto di accorciare la distanza dogmatica che separa i due istituti²⁰⁷.

In effetti, che il beneficio indennitario sia funzionalmente volto alla riparazione (pur parziale) di un pregiudizio (lo stesso, peraltro), esattamente al pari dell'ordinaria azione risarcitoria, non sembra revocabile in dubbio.

Proprio tale direzione finalistica concorre a creare – unitamente all'idea di un affidamento, pur variamente declinato, riposto dal privato rispetto alla correttezza dell'*agere* sanitario –, uno sfondo comune per le varie ipotesi prese in considerazione dal fondo d'indennizzo (vaccinazione, emoderivati, emotrasfusione), di cui comunque si ribadisce l'eterogeneità²⁰⁸. Infatti, sebbene l'uno (l'indennizzo rivolto al destinatario del trattamento vaccinale) sia il frutto del temperamento *ex artt. 2 e 32 Cost.* della duplice dimensione del diritto alla salute e l'altro (il beneficio corrisposto a seguito di un pregiudizio da emotrasfusione), invece, quale mero sostegno economico, l'esigenza (universale) cui risponde l'indennizzo rimane quella di ristorare coloro che abbiano subito un danno irreversibile all'integrità psico-fisica.

Consapevoli della più vasta congerie di problemi applicativi, resta da evidenziare un ultimo punto, un ulteriore limite del sistema di sicurezza sociale che si sta analizzando.

Il principio di diritto più volte espresso dalla Suprema Corte sembra chiaro nel riferirsi ad un « giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della salute per omessa adozione delle dovute cautele » e cioè alla medesimezza del soggetto chiamato ad erogare la doppia prestazione in

riparatrice dell'indennizzo sia volta a compensare il solo pregiudizio individuale del singolo spesso richiamato dalla Corte Costituzionale.

²⁰⁶ Così, E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum danno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 446 s.

²⁰⁷ E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum danno: punti fermi e persistenti questioni aperte*, in *Danno resp.*, 2019, 731 ss., la quale richiama l'opera di P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1087 ss.

²⁰⁸ Sul punto, C. AMATO, *La "disfunzione sistemica" dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, cit., 812 s. Da un lato infatti, rammenta l'A., per i trattamenti obbligatori (come la somministrazione vaccinale) a prevalere è l'aspetto della misura solidaristica e della necessaria socializzazione del danno subito dal singolo per consentire la tutela della dimensione collettiva della salute. Nel caso, invece, di patologie contratte per emotrasfusioni o emoderivati infetti, l'equo ristoro alla base della misura indennitaria è basato su una responsabilità dello Stato da omessa vigilanza e che nulla ha a che vedere con l'obbligatorietà del trattamento.

favore del danneggiato²⁰⁹, la quale ultima consentirebbe di superare le complicazioni legate al meccanismo della surrogazione nel caso di specie, così come nell'ipotesi in cui sussista una coincidenza anche solo sostanziale (ovvero funzionale) tra soggetti²¹⁰.

In questo senso depone anche il percorso argomentativo tracciato dalle Sezioni Unite, allorchè, sebbene in *obiter dictum*²¹¹, in relazione all'indennizzo *ex lege* 210 statuiscono che « la *compensatio* opera cioè in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio, con l'effetto di assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio completa e senza duplicazioni »²¹². È la stessa Corte, infatti, ad ammettere che la posta indennitaria condividerebbe col risarcimento del danno una « cospirante finalità compensativa »²¹³ e da quest'ultimo andrebbe scomputata.

Dovrebbe allora comprendersi se l'accento posto sull'identità del soggetto debba ritenersi dirimente, per valutare l'automatica esclusione dell'operatività del difalco ove l'indennizzo venga erogato da un soggetto del tutto estraneo al sistema sanitario facente capo al Ministero (il riferimento è, anzitutto, alla struttura ospedaliera privata, ma ben potrebbe estendersi, per esemplificare, alle società farmaceutiche produttrici di emoderivati)²¹⁴.

In tal caso (e cioè « in presenza di una duplicità di posizioni pretensive di un soggetto verso due soggetti diversi tenuti, ciascuno, in base ad un differente titolo »²¹⁵), approcci ermeneutici totalizzanti cedono il passo ad una verifica per classi di casi: si tratta di accertare, osservano le Sezioni Unite, il nesso causale tra il fatto illecito e il vantaggio percepito, per esaminare, dipoi, la ragione giustificativa dell'attribuzione patrimoniale ed infine la « previsione [...] di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che “instaura la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee” »²¹⁶.

²⁰⁹ *Ex plurimis*, Cass. 6 maggio 2020, n. 8532, cit., par. 2.1.

²¹⁰ Sul punto, Cass. 14 febbraio 2019, n. 4309, in *Giur. it.*, 2020, 558, con nota di G. DI MARTINO, *Permangono consistenti dubbi sulla compensatio lucri cum damno*. In questa sede, infatti, la Corte ha sancito l'operatività della *compensatio lucri cum damno* « anche laddove non sussista un'apparente coincidenza [...] di carattere soltanto formale fra il danneggiante e il soggetto che eroga la provvidenza – nella specie, rispettivamente, Azienda Sanitaria Locale e Regione Umbria » posto che, in tal caso, sarebbe agevole individuare « un'unica parte pubblica, pur variamente articolata sul piano delle strutture e delle soggettività giuridiche ».

²¹¹ Cfr. I. PUXEDDU, *Divieto di cumulo e indeterminatezza del lucrum*, cit., 1040.

²¹² Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., par. 5.3.

²¹³ Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., par. 5.3.

²¹⁴ Il problema era già avvertito da B. LA MONICA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno resp.*, 2006, 471.

²¹⁵ Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., par. 5.4.

²¹⁶ Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., par. 5.8.

L'applicazione del detto criterio lascia tuttavia insoddisfatta una parte della dottrina²¹⁷, la quale ha evidenziato che l'esclusione del diffalco si risolverebbe in una disparità di trattamento ingiustificata (artt. 3 e 24 Cost.), in quanto meramente fondata sul legittimato passivo della pretesa creditoria, di talchè proprio la qualità del convenuto in giudizio dal danneggiato diverrebbe elemento discriminante per ammettere, in caso di diversità dei soggetti, il cumulo e, laddove gli stessi coincidano, lo scomputo²¹⁸.

Un simile cortocircuito sarebbe passibile di emenda, si è argomentato, solo laddove si consideri il beneficio corrisposto ai sensi della legge 210 quale risarcimento in forma anticipata²¹⁹.

In definitiva, sembra che il principale limite al fondo indennitario analizzato possa ravvisarsi proprio nel difetto di un meccanismo di surroga il quale, ove normativamente previsto, permetterebbe di perseguire un duplice risultato: da un lato, consentirebbe al danneggiato di essere ristorato, ma senza godere di indebiti arricchimenti; eviterebbe, dall'altro lato, un inaccettabile alleggerimento della posizione debitoria del (terzo) responsabile, il quale altrimenti godrebbe dello scomputo di quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno in virtù della provvidenza erogata pubblicamente.

Per superare l'*impasse* dato dall'assenza di questo meccanismo, si è prospettato, quale alternativa di "riequilibrio", il rimedio dell'azione generale di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*, esperibile da parte del soggetto erogatore del beneficio nei confronti del responsabile-danneggiante²²⁰.

²¹⁷ In questo senso, L. LA BATTAGLIA, *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 327, nonché E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: punti fermi e persistenti questioni aperte*, cit., 732.

²¹⁸ In altri termini, se si consentisse un simile *discrimen*, il danneggiato che agisca nei confronti di un soggetto terzo rispetto al Ministero della Salute (tenuto all'erogazione dell'indennizzo), cumulando i benefici, si troverebbe a godere di un trattamento risarcitorio più favorevole dell'attore che agisse verso lo stesso Ministero. Sul punto, cfr. A. MANTELERO, *Il ruolo dello Stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa*, cit., 108 ss.

²¹⁹ Già prima della pubblicazione delle sentenze esaminate, G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucri cum damno*, in *Jus civile*, 2018, 1, 58, rammentava: « la circostanza che sia lo stesso soggetto ad erogare l'indennità e a dover corrispondere il risarcimento non mi pare giustificare l'imputazione, perché non si giustificerebbe una diversità di trattamento a seconda che responsabile dell'illecito sia lo Stato piuttosto che un privato ». Per escludere il cumulo, in conclusione, occorre « accertare che il beneficio previsto *ex lege* costituisce un risarcimento, se si vuole un risarcimento anticipato ». Aderisce a questa ricostruzione E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, cit., 446 s., per la quale, « anche in assenza di tale previsione [ci si riferisce alla surroga, n.d.a.], non pare dubbio il carattere di risarcimento anticipato di alcuni benefici », tra i quali compare anche l'indennizzo in questione.

²²⁰ E. BELLISARIO, *op. ult. cit.*, 447.

6. L'indennizzo erogato dai Fondi di garanzia

Nella vasta congerie dei sistemi extra-codicistici di indennizzo, a venire anzitutto in rilievo, se non altro per ragioni cronologiche, è il « Fondo di garanzia per le vittime della strada », la cui previsione nel nostro ordinamento si deve all'impulso del diritto sovranazionale: l'art. 9, primo paragrafo, della Convenzione Europea di Strasburgo del 1959 stabilisce, infatti, che « Each of the Contracting Parties undertakes either to establish a guarantee fund or to make other equivalent arrangements in order to compensate injured parties for damage caused in such circumstances that a civil liability is incurred, where the obligation to be insured has not been complied with or the person liable has not been identified, or the case is one excepted from insurance in accordance with the first sentence of paragraph 1 of Article 3 of the annexed provisions. The conditions for granting compensation and the extent of such right shall be determined by the Contracting Party concerned »²²¹.

Originariamente previsto dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990 (titolata, « Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti »), il Fondo veniva poi regolato – e più ampiamente riscritto – dal Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

Attualmente, il Fondo è istituito e amministrato dalla Consap²²², sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico, il quale ne determina « le condizioni e le modalità di amministrazione, di intervento e di rendiconto » (art. 285 cod. ass.). Le imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni della responsabilità civile per i danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti sono chiamate ad una contribuzione nei confronti del Fondo in misura proporzionale al « premio incassato per ciascun contratto stipulato in adempimento

²²¹ L'istituzione del Fondo si deve, quindi, all'impulso della Convenzione europea relativa all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile in materia di autoveicoli, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959. In ambito eurounitario occorre considerare, altresì, la dir. 2009/103/CE del 16 settembre 2009 concernente « l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità ». In particolare, all'art. 10 si prevede che « ogni Stato membro istituisce o autorizza un organismo incaricato di risarcire, almeno entro i limiti dell'obbligo di assicurazione, i danni alle cose o alle persone causati da un veicolo non identificato o per il quale non vi è stato adempimento dell'obbligo di assicurazione » regolato dall'art. 3 della stessa direttiva; il tenore della norma appare pienamente conforme al considerando n. 14, per il quale « è necessario prevedere che un organismo garantisca che la vittima non resti senza indennizzo se il veicolo che ha provocato il sinistro non è assicurato o non viene identificato. Occorre prevedere che la vittima di un siffatto sinistro possa rivolgersi direttamente a questo organismo quale primo punto di contatto [...] ».

Per un primo inquadramento, cfr. A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2016, 234 s.

²²² Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.

dell'obbligo di assicurazione » (art. 285, terzo comma); si comprende come, in realtà, sarà l'assicurato – su cui tale “costo” ricade – a rappresentare l'autentico finanziatore del Fondo.

La previsione del Fondo completa il meccanismo di assicurazione obbligatoria²²³, di cui realizza una chiusura, in quanto presuppone che tutti i veicoli posti in circolazione abbiano un'apposita copertura²²⁴.

Il funzionamento del Fondo segna un momento di ulteriore interazione tra la struttura dell'illecito e l'istituto assicurativo²²⁵.

Al fine di garantire una certezza di tutela minima nei confronti delle vittime di un sinistro, il Fondo interviene nelle ipotesi disciplinate dall'art. 283 cod. ass., tutte accumulate dall'impossibilità di individuare un soggetto obbligato a risarcire il danno: si pensi, tra le altre, all'ipotesi in cui il veicolo sia stato fatto circolare contro la volontà del proprietario (lett. *d*)²²⁶, sia privo di una copertura assicurativa (lett. *b*), non sia stato possibile procedere ad una sua identificazione (lett. *a*), oppure la Compagnia assicurativa, presso cui è assicurato il veicolo, versi in stato di liquidazione coatta amministrativa (lett. *c*) al momento del sinistro o in un momento ad esso successivo²²⁷.

Ai sensi degli artt. 286 ss. cod. ass., la liquidazione del danno non è affidata in prima battuta al Fondo²²⁸, il cui intervento, dunque, appare solo eventuale: è l'IVASS, infatti, a designare un'impresa a ciò deputata, la quale è l'unica legittimata passiva dell'azione risarcitoria (art. 287, terzo comma). Una volta risarcito il danno, tale impresa può esercitare verso il terzo responsabile del sinistro una (speciale ed autonoma) « azione di regresso » *ex lege* – la cui

²²³ Si v. in proposito le mirabili pagine di F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, in *Jus*, 1986, 219 ss. e in part. 229 s.

²²⁴ Sul punto, si legga L. REGAZZONI, *In attesa delle sezioni unite: regresso o surrogazione dell'impresa designata dal fondo di garanzia per le vittime della strada?*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 486 s.

²²⁵ In questo senso, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, cit., 59 s., allorché sottolinea che « da un lato, l'ambito della garanzia e quello della responsabilità *stricto sensu* tendono ad un affievolimento progressivo ed incessante; dall'altro, le proposte di estendere l'operatività del fondo alle ipotesi nelle quali i danneggiati non avrebbero diritto ad alcun risarcimento poiché l'incidente è dovuto a loro colpa esclusiva [...] testimoniano il progressivo, graduale cammino verso un sistema di sicurezza sociale che risolva in via preventiva [...] e successiva [...] il problema della riparazione dei danni alla persona ».

²²⁶ In ordine al significato da assegnare alla locuzione “contro la volontà” del proprietario, cfr. M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria della R.C.A.*, Torino, 2010, 368 ss.

²²⁷ A queste si aggiungono le ipotesi introdotte dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 198 in attuazione della direttiva 2005/14/CE.

²²⁸ Sulla natura dell'obbligazione del fondo, oggi pacificamente risarcitoria (e non indennitaria), si legga S. LANDINI, *Assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica e strumenti privatistici nella lotta alle frodi assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 261-263. Rivestendo tale natura, dunque, l'obbligazione del Fondo sarebbe sostitutiva di quella del responsabile ed escluderebbe la costituzione di un rapporto di solidarietà passiva.

qualificazione giuridica è stata oggetto di una recentissima pronuncia a Sezioni Unite²²⁹ – per il recupero della somma corrisposta, degli interessi e delle spese (art. 292 cod. ass.).

Solo in caso di esito infruttuoso dell'azione, interviene il Fondo erogando all'impresa designata quella parte del risarcimento e delle spese che questa non ha potuto recuperare²³⁰.

La *ratio* corrisponde a quella dell'azione rivolta *ex art.* 290, secondo comma, dal danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice posta in liquidazione coatta amministrativa, poiché si tratta, in definitiva, di « fare ricadere il peso economico del risarcimento sul soggetto che lo dovrebbe sostenere, liberandone così il Fondo, che si configura unicamente quale garante «di ultima istanza» del debito risarcitorio »²³¹.

È possibile spendere ora alcune considerazioni con riguardo alla funzione svolta dal Fondo. La *ratio* della previsione è, come enunciato dallo stesso legislatore, l'esigenza, considerata di interesse pubblico, di offrire un'adeguata tutela (risarcitoria) alle vittime della strada nei casi in cui, nonostante l'obbligatorietà dell'assicurazione, la polizza risulti non operativa o esistente.

In definitiva, sembra che la finalità rivestita dal Fondo sia, in ultima istanza, pubblicistica e solidaristica²³²; caratteristica, questa, comune alla misura indennitaria offerta dalla legge n. 210/1992 ai danneggiati da vaccinazione o trasfusione di sangue.

L'impronta solidaristica della contribuzione al Fondo concorre, peraltro, a permeare le caratteristiche dell'azione, sopra analizzata, di cui all'art. 290, primo comma: all'interesse di tutela della vittima della strada viene fatto correlare il recupero del sacrificio imposto all'impresa designata dal Fondo.

L'istituto accennato presenta molti profili di analogia con il Fondo di garanzia per le vittime della caccia, disciplinato agli artt. 302-304 cod. ass.²³³, anzitutto in quanto volto a indennizzare

²²⁹ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 7 luglio 2022, n. 21514, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di F. RUGGIERO, *La specialità dell'azione recuperatoria dell'impresa designata dal Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada: via di fuga o soluzione obbligata?*, nonché in *Ilprocessocivile.it*, 19 luglio 2022, con nota di F. AGNINO.

²³⁰ Come sottolinea F. RUGGIERO, *op. cit.*, 1008, « In tal senso il Fondo si profila come garante “di ultima istanza” del debito risarcitorio ».

²³¹ L. REGAZZONI, *In attesa delle sezioni unite: regresso o surrogazione dell'impresa designata dal fondo di garanzia per le vittime della strada?*, cit., 487.

²³² In questo senso depone anche Cass., sez. un., 7 luglio 2022, n. 21514, cit., par. 15. Cfr. N. DI PRISCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 200, il quale ne sottolinea il ruolo di socializzazione della responsabilità.

²³³ Il Fondo fu istituito dall'art. 25 della legge 11 febbraio 1992, n. 157, titolata « Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio », disposizione in seguito abrogata dal Codice delle assicurazioni private. La precedente legge 27 dicembre 1977, n. 968 fu oggetto della questione di legittimità costituzionale rivolta a Corte Cost., 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, 1347 ss., con commento di G. PONZANELLI, «*Pallino anonimo*», ovvero attività pericolose con responsabile ignoto e problemi di «welfare state»,

dei soggetti danneggiati che altrimenti non troverebbero ristoro²³⁴. Ne ricalca, altresì, l'amministrazione e le modalità di contribuzione. Peraltro, tale sistema di indennizzo è volto a risarcire – nei casi, simmetrici a quelli sopra considerati con riguardo ai sinistri stradali, e nei limiti quantitativi previsti all'art. 302 – i danni derivanti dall'esercizio dell'attività venatoria per i casi in cui sussiste un obbligo a stipulare apposita polizza assicurativa.

Analogamente è previsto un diritto di regresso nei confronti del responsabile per il recupero dell'indennizzo corrisposto, unitamente agli interessi ed alle spese.

Occorre altresì rammentare il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, il quale trova disciplina all'art. 14 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli-Bianco), più avanti trattato.

In definitiva, dunque, tali Fondi compensativi, la cui previsione appare traduzione concreta di una certa « ansia da *compensation* » che da sempre attraversa il formante legislativo, sembrano caratterizzarsi per un dato ricorrente: « le regole di responsabilità civile collegate ad una forma di assicurazione obbligatoria mantengono ancora una posizione centrale, né cedono completamente il passo ad un sistema integrale di sicurezza sociale »²³⁵.

Con particolare riguardo alla natura da assegnare al Fondo, se da un lato se ne è autorevolmente sostenuta la caratterizzazione in termini di “assicurazione sociale”²³⁶, dall'altro, esso segnerebbe la « fase più avanzata dell'evoluzione della responsabilità civile, orientata verso l'idea di sicurezza sociale garantita con il contributo della collettività nazionale »²³⁷.

Quale che sia la natura attribuita ai fondi in esame, essi rappresentano senza dubbio un esempio di modello di integrazione tra sistemi di indennizzo pubblico e istituti privatistici al fine della riparazione del danno alla persona²³⁸.

7. Altre *variae figurae* di piani compensativi (statali)

poiché, pur prevedendo un obbligo assicurativo, non disciplinava i meccanismi di compensazione della vittima di un responsabile rimasto non identificato.

²³⁴ In questo senso, F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contr. impresa*, 2018, 141 ss.

²³⁵ G. PONZANELLI, «*Pallino anonimo*», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «*welfare state*», cit., 1347 ss.

²³⁶ Con particolare riferimento al Fondo di garanzia per le vittime della strada, cfr. D. DE STROBEL, *Assicurazione r.c.*, Milano, 1974, 328.

²³⁷ N. DI PRISCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, cit., 197 ss. e in part. 198.

²³⁸ Per M. BUSSANI, *L'illecito*, cit., 767 ss., si tratta, complessivamente, di « ulteriori disposizioni normative che associano la concessione di un indennizzo o di un'indennità alla realizzazione di un fatto la cui illiceità non è dubbia, e che tuttavia [...] viene escluso dall'area di governo delle regole del torto ».

A venire in rilievo sono ulteriori ipotesi di compensazione su base indennitaria. A tal proposito, può citarsi, ma senza pretesa di esaurirne l'amplessimo novero, il recente fondo previsto in favore delle vittime di atti di terrorismo e stragi (legge 3 agosto 2004, n. 206)²³⁹ e di « chiunque subisca un'invalidità permanente, per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza dello svolgersi [...] di atti di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico della criminalità organizzata [...] » (legge 20 ottobre 1990, n. 302)²⁴⁰.

Ancora, si pensi al Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso (legge 22 dicembre 1999, n. 512) ed al Fondo per le vittime dell'amianto (art. 1, commi 241-246, legge 24 dicembre 2007, n. 244), istituito presso l'INAIL, in favore di tutte le « vittime che hanno contratto patologie asbesto-correlate per esposizione all'amianto e alla fibra "fiberfrax", e in caso di premorte in favore degli eredi », cumulabile per espressa volontà di legge con i « diritti di cui alle norme generali e speciali dell'ordinamento ».

²³⁹ L'ambito di applicazione è disciplinato all'art. 1, primo comma: « la legge si rivolge a tutte le vittime degli atti di terrorismo e delle stragi di tale matrice, compiuti sul territorio nazionale o extranazionale, se coinvolgenti cittadini italiani, nonché ai loro familiari superstiti ».

²⁴⁰ Anche con riguardo al processo di (complesso) riordino della materia, ai destinatari del beneficio indennitario ed al *quantum* corrisposto, si legga G. COMANDÈ, *Danni privati e indennizzi pubblici: la giungla degli indennizzi alle vittime della criminalità*, in *Danno resp.*, 2000, 696 ss.

**PARTE III – L’INFORTUNISTICA SUL LAVORO: UN SISTEMA COMBINATO DI RIPARAZIONE
DEL DANNO**

Diverse ragioni militano a favore di una, pur breve, trattazione della disciplina antinfortunistica. Come si avrà modo di rilevare, infatti, la richiamata normativa ha il pregio di aver rappresentato il primo modello combinato di riparazione del danno alla persona, in quanto fondato su di un sistema che attinge, in chiave di socializzazione del danno, tanto alla responsabilità civile quanto allo strumento assicurativo, i cui benefici distributivi sono sovente presi a prestito dalla prima.

Queste le modalità con cui, in sede istituzionale, si è inteso offrire una risposta ad uno dei primi fenomeni di “danni di massa”²⁴¹.

8. Il danno alla persona cagionato da un infortunio sul lavoro: alcune coordinate normative

Prevenzione e previdenza costituiscono i due capisaldi su cui si regge l’intera disciplina dell’infortunistica sul lavoro: da un lato, il legislatore intende evitare che, a monte, possano verificarsi situazioni di pericolo per il lavoratore e, dall’altro, si predispongono strumenti di riparazione i quali intervengano in un momento successivo, laddove gli obblighi di sicurezza abbiano fallito²⁴². A questi coordinato è un sistema di assicurazione obbligatoria che, al ricorrere di certe condizioni, esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile.

Il modello era in origine previsto dalla legge 17 marzo 1898, n. 80²⁴³; esso veniva poi trasfuso e sostanzialmente confermato dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (di seguito, anche solo

²⁴¹ In questo senso, D. POLETTI, *Danni alla persona negli « accidenti da lavoro e da automobile »*, Torino, 1996, 39 e 67.

²⁴² Come chiarito da G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2006, 1 ss., la tutela dell’integrità psicofisica del lavoratore sarebbe composita: in via primaria, questa si attua mediante il ricorso a « preliminari doveri di prevenzione sorretti da sanzioni penali » e, solo *a posteriori*, attraverso le prestazioni previdenziali. Si sottolinea, così, la capitale importanza rivestita dagli obblighi di sicurezza, ai quali si assegna un ruolo (non solo privatistico) tale da riflettere « interessi generali della collettività », in quanto consentono di abbattere le diseguaglianze sociali tra i lavoratori dal punto di vista della sicurezza e ridurre il costo sociale dell’infortunio.

In senso convergente si pongono le riflessioni di A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001, 222, ove l’Autore ribadisce la priorità assunta dai doveri di sicurezza: « la tutela dei diritti inviolabili », infatti, « è adeguata quando si riesce ad impedire con mezzi preventivi la loro violazione » ed è reputata « ancora troppo evanescente ».

²⁴³ In ordine alla nascita del modello delineato dalla legge n. 80/1898, si legga G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, 425 ss.

“t.u.”)²⁴⁴ e, infine, completato dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38²⁴⁵ e dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in seguito oggetto di integrazioni e modifiche²⁴⁶.

La necessità di un sistema di sicurezza sociale sul lavoro trova ampia conferma nel dettato della nostra Carta Costituzionale²⁴⁷.

Al di là dell’art. 3, secondo comma, Cost. – norma espressiva del dovere di eguaglianza sostanziale, dunque fondativa di un’idea di sicurezza sociale – la tutela previdenziale trova una più specifica considerazione all’interno dell’art. 38 Cost., che, per quanto di interesse, prevede il diritto dei lavoratori, in caso di infortunio e malattia, a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. Ferma restando la libertà dell’assistenza privata, i compiti di tutela del lavoratore sono dalla Costituzione espressamente assegnati agli « organi e agli istituti predisposti o integrati dallo Stato ».

La disciplina della tutela del lavoratore, poi, trova un ulteriore fondamento nel combinato disposto degli artt. 1, 32, 35 e 41 Cost.

Con riguardo alla cornice normativa appena succintamente evocata, preminente rilievo assume poi la norma dell’art. 2087 c.c., rubricata « Tutela delle condizioni di lavoro », la quale sancisce un obbligo generale di sicurezza sul lavoro, prescrivendo al datore di lavoro²⁴⁸ di adottare le misure necessarie al fine di tutelare non solo « l’integrità fisica », ma anche « la personalità morale » dei prestatori di lavoro. L’ambito elettivo d’applicazione della norma, almeno se letta nella sua formulazione testuale, è la tutela del lavoratore da ogni menomazione alla sua sfera psico-fisica.

Sul punto, A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020, 10 ss., cui si rinvia per una scansione più approfondita della relativa dinamica normativa. La legge ha per prima introdotto l’obbligo in capo ai datori di lavoro di stipulare un’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. A seguito dell’emanazione di atti normativi successivi e di completamento della legge citata, interveniva il r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, il quale provvedeva a sostituire il previgente sistema assicurativo con uno a base pubblica ed automatica.

²⁴⁴ Si tratta, più comunemente, del “Testo Unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali”. Per un’analisi più dettagliata dell’origine del sistema, cfr. in ogni caso M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2, 2016, 23 ss., cui si rinvia per una completa cronologia.

²⁴⁵ A. DE MATTEIS, *Infortunistica sul lavoro*, cit., 29 ss.

²⁴⁶ Si legga M. D’APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Torino, 2018, 43 ss., per alcuni riferimenti in ordine all’origine ed alle modifiche del d.lgs. n. 81/2008.

²⁴⁷ In questo senso, M. PERSIANI – M. D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2019, 10 ss.

²⁴⁸ La formulazione testuale reca il riferimento all’imprenditore. È oggi pacifico in letteratura che tale nozione vada estesa anche al datore di lavoro non imprenditore.

Se si prescinde dalla sua configurabilità in termini di dovere (accessorio) di protezione²⁴⁹, la richiamata previsione normativa ha permesso, da un lato, di portare nell'alveo della responsabilità contrattuale la condotta pregiudizievole in violazione degli obblighi di sicurezza (che si accompagna al generico obbligo di *neminem laedere*, pure gravante sul datore di lavoro²⁵⁰); dall'altro, ad uno sguardo più complessivo, ha consentito di valorizzare – quindi, espandere – la fattispecie del danno alla persona nell'ambito del rapporto di lavoro.

Della norma è possibile apprezzare la funzione tanto preventiva, quanto risarcitoria.

Proprio per la sua ampia portata garantistica, l'art. 2087 c.c. è stato definito in letteratura quale norma di chiusura del sistema antinfortunistico, avente carattere generale, dunque volta ad integrare la disciplina speciale²⁵¹.

Tale risultato espansivo si deve, anzitutto, all'aggancio normativo offerto dagli artt. 1175 e 1375 c.c. (prescrittivi, come noto, di un dovere di correttezza e buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro); soprattutto, a seguito della « rivitalizzazione in prospettiva costituzionale »²⁵² dell'art. 2087 c.c., si è giunti infine ad apprestare tutela non solo all'integrità psico-fisica ma, in chiave più generale, ad ogni violazione di un diritto fondamentale della persona del lavoratore²⁵³.

Non solo. L'interpretazione estensiva dell'art. 2087 c.c. ha anche riguardo, oltre al suo ambito soggettivo d'applicazione, al novero ed alle tipologie delle misure e dei comportamenti cui il datore di lavoro è chiamato in adempimento dell'obbligazione di sicurezza.

Quello esposto è, in via sintetica, il quadro normativo su cui si regge l'attuale sistema infortunistico: « in poco più di un secolo », infatti, « si è passati da un sistema fortemente selettivo ad una copertura praticamente universale, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo »²⁵⁴. Ad offrire un essenziale contributo a questo celere sviluppo hanno contribuito le migliori condizioni economiche e produttive del Paese, le pressioni politiche, le spinte di una società civile sempre più consapevole, il ruolo dei sindacati e, non da ultimo, la

²⁴⁹ Su cui v. P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, in (a cura di) P. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 273 ss.

²⁵⁰ M. D'APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, cit., 10 s.

²⁵¹ M. D'APONTE, *op. cit.*, 10, nonché P. TULLINI, *op. cit.*, 316 ss., cui si rinvia per i riferimenti in dottrina e giurisprudenza. In particolare, si legga Cass. 21 aprile 2017, n. 10145, in Banca dati *DeJure*.

²⁵² P. TULLINI, *op. cit.*, 279, cui si rinvia per riferimenti più articolati.

²⁵³ In ordine alle nuove categorie di danno risarcibile, si leggano le pagine di M. D'APONTE, *op. cit.*, 14 ss.

²⁵⁴ Le parole sono di A. DE MATTEIS, *Infortunistica sul lavoro*, cit., 11.

funzione svolta dalla Corte Costituzionale, la quale ne ha scolpito la disciplina in senso solidaristico²⁵⁵.

9. L'obbligo assicurativo, l'esonero (e la sua crisi)

Il sistema infortunistico poc'anzi delineato nelle sue minime coordinate normative prende le mosse dalla previsione di un obbligo assicurativo, prima introdotto per mezzo della legge 17 marzo 1898, n. 80²⁵⁶ con riferimento ai soli infortuni sul lavoro, poi esteso ad una platea sempre più ampia di destinatari, in seguito tutelati anche contro le malattie professionali (art. 3, d.P.R. n. 1124/1965)²⁵⁷.

La disciplina attuale è contenuta proprio nel richiamato d.P.R. n. 1124/1965.

Ai fini della sussistenza di un obbligo ad assicurarsi contro infortuni e malattie, debbono sussistere due requisiti: il primo, di natura oggettiva, è previsto dall'art. 1 del d.P.R. cit., in materia di "attività protette"; il secondo, invece soggettivo, trova disciplina agli artt. 4 e seguenti²⁵⁸.

Intimamente connessa all'istituzione di un obbligo assicurativo è l'esclusione (*rectius*, esonero) della responsabilità civile del datore di lavoro, come statuito dalla previsione dell'art. 10, primo comma, t.u. 1124/1965, secondo cui « L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro »²⁵⁹.

²⁵⁵ A. DE MATTEIS, *Infortunistica sul lavoro*, cit., 14 ss., in part. 17: « è quindi la società nel suo insieme, nella sua base vitale e nelle sue istituzioni, parlamentari o giurisdizionali, che ha portato all'assetto attuale della tutela infortunistica ».

²⁵⁶ A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 355 ss., riferisce che, prima di allora, il lavoratore era assoggettato alle ordinarie regole sul risarcimento del danno. A giustificare l'obbligo per il datore di lavoro di stipulare un'assicurazione fu, in origine, il concetto di rischio professionale. Tale ricostruzione non sembra, invece, convincere C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 726: tale assunto, infatti, non sembra corretto se si interpreta il "rischio" in termini puramente economici, dunque quale certo, né per come impiegato dalla responsabilità civile.

Per una ricognizione (oltre che per gli opportuni riferimenti bibliografici), cfr. il lavoro di D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 73.

²⁵⁷ Di tale ampliamento dà atto A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 4 ss.

²⁵⁸ Per un approfondimento, si legga M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2019, 129 ss. La tendenza è costantemente nel senso di un'espansione, in senso oggettivo e soggettivo, delle capacità applicative della tutela previdenziale. Con riguardo alle attività protette dall'assicurazione e all'individuazione dei soggetti assicurati, si legga, poi, l'opera di A. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 69 ss., 182 ss. e 317 ss., cui si rinvia per l'analisi della giurisprudenza costituzionale.

²⁵⁹ Come sottolineato da M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 178, l'art. 10 del t.u. sembra a tutti gli effetti espressione delle logiche e della natura assicurativa della tutela previdenziale nella sua forma primigenia.

Posta al crocevia dei più rilevanti snodi attinenti alla responsabilità del datore di lavoro, la questione dell'esonero pone il fianco ad una serie di criticità: queste riguardano la *ratio*, il suo perimetro e, almeno secondo una parte della letteratura, la sua stessa sopravvivenza²⁶⁰.

Secondo l'opinione tradizionale, la *ratio* dell'esonero andrebbe ricondotta alla tesi della c.d. "transazione sociale", fin dall'origine intesa quale rapporto di sinallagmaticità tra contribuzione ed esonero (ed *infra* trattata)²⁶¹.

Sono salve le eccezioni descritte dai commi successivi: la responsabilità civile permane in capo a coloro i quali « abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato », nonché quando « la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi debba rispondere secondo il Codice civile »; è tuttavia necessario che si tratti di reati perseguibili d'ufficio.

È, dunque, la regola dell'esonero a disciplinare, in caso di infortunio o malattia professionale, il riparto di competenza tra, da un lato, il sistema d'assicurazione obbligatoria e, dall'altro, quello di responsabilità civile.

Per effetto del combinato disposto degli istituti anzidetti (obbligo assicurativo ed esonero), il datore di lavoro non è responsabile per i pregiudizi coperti dalle prestazioni indennitarie corrisposte dall'INAIL (pur potendo rispondere nei confronti di quest'ultima in sede di rivalsa, come si vedrà nel prosieguo) e, per converso, il lavoratore non potrà pretendere prestazioni eccedenti la soglia della misura previdenziale.

Un tale limite è stato ritenuto non incompatibile con il dettato costituzionale.

La Consulta, infatti, ha respinto le censure fondate sul principio di parità di trattamento (art. 3 Cost.), sul presupposto che, nell'ambito del sistema infortunistico, « alla riduzione della misura del risarcimento del danno dell'infortunato, rispetto a quello che spetterebbe nella generalità dei casi in cui il danno sia stato cagionato dal fatto doloso o colposo altrui, [...] fa riscontro una serie di altre norme, [...] le quali si risolvono in un sensibile beneficio per il lavoratore, sia sotto l'aspetto sostanziale, in quanto garantiscono a lui il risarcimento in ogni caso, pur quando l'infortunio sia occorso per caso fortuito o addirittura per colpa, sia sotto quello procedimentale, per l'automaticità della liquidazione dell'indennizzo, che giova a sottrarlo all'esigenza del

²⁶⁰ Cfr. R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, 663-664.

²⁶¹ Cfr. A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 789 ss. e S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero*, in *I working papers di Olympus*, 2011, 3, 1 ss.

promuovimento di apposita azione giudiziaria e della conseguente osservanza delle regole sull'onere della prova ». Per le esposte ragioni, la posizione del lavoratore sarebbe, a mente dei Giudici costituzionali, non assimilabile a quella disciplinata dalle altre norme di diritto privato in materia di responsabilità civile; precipitato delle argomentazioni che precedono è, in conclusione, l'insussistenza di un irragionevole motivo a fondamento del trattamento differenziato²⁶².

La norma nemmeno doveva ritenersi contrastante col dettato dell'art. 38 Cost. nella parte in cui ai lavoratori infortunati si garantiscono mezzi adeguati alle loro esigenze di vita: la disciplina antinfortunistica, infatti, prevede una serie di prestazioni previdenziali fondate su criteri che possano adeguare, almeno in parte, l'entità del beneficio alle richiamate esigenze di vita del lavoratore.

In ogni caso, anche a voler ritenere inapplicabile la disposizione, il ricorso al diritto comune – dunque, al risarcimento del danno – risulterebbe insoddisfacente, in quanto commisurato sull'entità della lesione (non già, invece, sulla base delle esigenze del lavoratore)²⁶³.

In quella sede (ed in altre successive) la Corte Costituzionale è poi intervenuta sul disposto degli artt. 10 e 11 t.u. 1124/1965 che, come anticipato, si occupano di regolare l'esonero del datore di lavoro e l'azione di regresso esperibile dall'Ente previdenziale.

È già con la richiamata sentenza del 1967²⁶⁴ che, infatti, si è dato avvio ad una « linea “endogena” di progressiva esautorazione della effettiva valenza operativa del primo comma dell'art. 10 del testo unico »²⁶⁵: il percorso ermeneutico, così inaugurato, ha progressivamente

²⁶² Corte Cost., 9 marzo 1967, n. 22, in Banca dati *DeJure*. In questo senso si legga anche Corte Cost., 26 maggio 1981, n. 74, in *Giur. cost.*, 1981, I, 698.

²⁶³ Corte Cost., 9 marzo 1967, n. 22, cit.

²⁶⁴ La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi terzo e quinto, nella parte in cui essi riproducono le norme dell'art. 4, terzo e quinto comma, del r.d. 1765/1935, anche esse dichiarate incostituzionali con la stessa sentenza. Il terzo e quinto comma del citato art. 4 del r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, sono stati dichiarati incostituzionali, il primo nella parte in cui « limita la responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio sul lavoro derivante da reato, all'ipotesi in cui questo sia stato commesso dagli incaricati della direzione o sorveglianza del lavoro e non anche dagli altri dipendenti del cui fatto debba rispondere secondo il Codice Civile »; nel secondo caso, in quanto « consente che il giudice possa accertare che il fatto che ha provocato l'infortunio costituisca reato soltanto nella ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia, senza menzionare l'ipotesi di prescrizione del reato ».

Una diversa soluzione, a mente dei Giudici costituzionali, sarebbe sguarnita di ogni fondamento razionale. La deroga alle regole generali vigenti in materia, dunque, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. per l'ingiustificata disparità di trattamento che essa importerebbe « a carico dei lavoratori colpiti dall'altrui fatto delittuoso, non solo in confronto con i comuni cittadini, ma anche con gli altri lavoratori che risultino danneggiati per effetto di un reato, secondo che questo sia addebitabile ad un incaricato o a un sorvegliante o ad altro dipendente ».

²⁶⁵ Cfr. S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero*, cit., 1 ss. Il principio dell'esonero, infatti, sarebbe da tempo entrato in crisi, perdendo la propria capacità “normativa”. L'A. definisce *solo* “endogena” la spinta al

segnato la crisi di effettività dell'esonero, oggi meno capace di tracciare i confini tra i diversi ambiti di tutela spettanti al lavoratore.

Lungi dall'aver messo in discussione la legittimità del sistema, anzi, ribadendone la validità, con la sentenza n. 22 la Corte finiva per estendere il perimetro della responsabilità civile del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2049 c.c., così riducendo le maglie dell'esonero; essa limitava ulteriormente le condizioni di applicazione della pregiudizialità necessaria dell'accertamento penale rispetto a quello compiuto dal giudice civile ai fini della liquidazione del danno differenziale.

Il venire meno della pregiudiziale penale ha contribuito, unitamente all'accertamento della colpa penale secondo i criteri civilistici presuntivi, ad un'espansione della relativa responsabilità e, per l'effetto, la riduzione dell'area presidiata dalla regola dell'esonero²⁶⁶.

Tra le altre concause responsabili dell'erosione, può richiamarsi poi la necessità di una più intensa tutela per i diritti inviolabili della persona, in adesione a quanto sancito dalla giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale²⁶⁷.

All'esito del cennato processo di ridimensionamento, la regola dell'esonero, tuttora senz'altro operante, sembra inibire il ricorso alla responsabilità civile in un numero più modesto di occasioni²⁶⁸: ciò nondimeno, parrebbe eccessivo ritenere che l'orientamento consolidato della

superamento dell'esonero, in quanto si tratterebbe di soluzioni interpretative « che non [...] mettono [...] in discussione la legittimità *ex se* [della regola], in quanto si muovono in una logica che è ancora *interna* (e, in tal senso *endogena*) al sistema della tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro e, almeno formalmente, ancora coerente con l'equilibrio di interessi alla base della originaria “transazione sociale” [...] ».

²⁶⁶ A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 359 ss.

²⁶⁷ S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero*, cit., 6 ss. L'A., infatti, riprende, condividendola, la proposta di lettura costituzionalmente conforme formulata da De Matteis, per il quale il secondo comma dell'art. 10 andrebbe letto come se dicesse « nonostante l'assicurazione predetta, permane la responsabilità civile per danno non patrimoniale in caso di colpa penale ovvero di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti ». Così, A. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 374 ss. (in part. 375), secondo cui all'espansione della categoria del danno non patrimoniale (nell'ambito qui trattato) avrebbe contribuito un duplice ordine di fattori: « lo scorporo del preesistente danno morale [...] dall'assicurazione infortuni, con conseguente attribuzione diretta del suo ammontare al lavoratore » e « l'arricchimento del contenuto del danno non patrimoniale ».

Cfr. D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 177 ss., cui si rinvia per la trattazione del danno biologico dopo la svolta del 2003 e le ben note sentenze delle Sezioni Unite del novembre 2008.

²⁶⁸ Occorre quindi ricordare che Corte Cost., 19 giugno 1981, n. 102, in *Resp. civ. prev.*, 1982, 143 e Corte Cost., 30 aprile 1986, n. 118, in *Foro it.*, 1988, I, 383, hanno entrambe contribuito alla sostanziale caduta del principio della pregiudizialità penale, anticipando un principio di (tendenziale) indipendenza, poi recepito dal codice di procedura penale del 1988 (in questo senso, cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, 6).

In particolare, con la pronuncia n. 102, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 t.u. nella parte in cui non consente che, ai fini dell'esercizio del diritto di regresso dell'INAIL, previsto all'art. 11 del

giurisprudenza costituzionale avrebbe dato corso ad un « sostanziale capovolgimento del rapporto tra regola ed eccezione »²⁶⁹.

Più che porgere un saluto ferale al principio dell'esonero, allora, la ridefinizione dei confini che lo stesso ha subito andrebbe più cautamente contestualizzata (e compresa) nel più ampio quadro delle modificazioni intervenute sull'intero sistema, specie se si considerano i ripetuti interventi della Corte Costituzionale e l'avvento della figura del danno biologico; elementi, questi, che avrebbero dovuto condurre ad una rivisitazione dell'art. 10 t.u., norma oggi sostanzialmente mutata, nonostante l'invariato tenore letterale²⁷⁰.

Ad ogni modo, quale che sia l'intensità della conclusione cui s'intende pervenire, fattispecie che un tempo sarebbero state intercettate dalla rete esonerante il datore di lavoro da responsabilità civile, oggi invece consentono al lavoratore di adire l'autorità giudiziaria.

10. Le caratteristiche e le modalità operative del Fondo INAIL

Nell'ambito della tutela consequenziale ad infortuni e malattie professionali, un ruolo di centrale importanza è rivestito, come dispone l'art. 126 t.u., dall'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL).

L'istituzione del citato ente pubblico, avvenuta per effetto del r.d. 23 marzo 1933, n. 264, ha segnato il passaggio da una tutela assicurativa individuale, erogata da una pluralità di imprese

medesimo t.u., « l'accertamento del fatto reato possa essere compiuto dal giudice civile anche nei casi in cui il procedimento penale nei confronti del datore di lavoro o di un suo dipendente si sia concluso con proscioglimento in sede istruttoria o vi sia provvedimento di archiviazione », ovvero « l'accertamento del fatto reato possa essere compiuto dal giudice civile anche nel caso in cui la sentenza di condanna penale non faccia stato nel giudizio civile instaurato dall'INAIL ».

Ancora, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 10 e 11 t.u., già menzionati, nella parte in cui si preclude in sede civile « l'esercizio del diritto di regresso dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro qualora il processo penale promosso contro di lui o di un suo dipendente per il fatto dal quale l'infortunio è derivato si sia concluso con sentenza di assoluzione, malgrado che l'Istituto non sia stato posto in grado di partecipare al detto procedimento penale ». L'ulteriore illegittimità del combinato disposto delle norme citate ineriva alla circostanza in cui, nel giudizio civile volto all'accertamento della responsabilità del datore per l'infortunio causato dal dipendente, « l'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto di un giudizio penale sia vincolante anche nei confronti del datore di lavoro rimasto ad esso estraneo perché non posto in condizione di intervenire ».

²⁶⁹ Questa l'osservazione formulata da S. GIUBBONI, *La crisi della regola dell'esonero*, cit., 3. Convergente è l'opinione, di segno tombale, espressa da A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., 355 ss. Di diverso avviso è, invece, R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, cit., 663 ss., per il quale andrebbe respinta la tesi che predica il superamento del principio dell'esonero: la sua perdurante efficacia sarebbe dimostrata dall'assetto regolativo del principio, come reso evidente (non solo e tanto dall'art. 10, bensì anche) dall'art. 11 del t.u.: « Il principio dell'esonero perciò esiste ed è ancora l'asse portante del sistema regolativo ».

²⁷⁰ Così D. POLETTI, *Danno non patrimoniale*, cit., 208 ss.

assicuratrici²⁷¹, ad un sistema accentrato di sicurezza collettiva. In questo senso depone senz'altro l'art. 126 t.u. 1124/1965, a mente del quale l'assicurazione per gli infortuni e le malattie professionali « è esercitata, anche con forme di assistenza e di servizio sociale, dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro », fatte salve le eccezioni stabilite dall'articolo successivo.

È interessante notare come, nonostante il cennato accentramento del servizio di assicurazione obbligatoria per l'infortunistica sul lavoro, la giurisprudenza abbia affermato la legittimità del regime di monopolio legale²⁷².

Oltre alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 36/2000²⁷³, è la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁷⁴ ad essere intervenuta sul tema.

Pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Vicenza²⁷⁵, la Corte ebbe a chiarire che all'interno della nozione di "impresa" (rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE – oggi, 101 e 102 TFUE) non rientra « un ente che è incaricato dalla legge della gestione di un regime di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, quale l'INAIL ». A queste conclusioni la Corte giunge valorizzando i seguenti profili: la funzione esclusivamente sociale perseguita dall'Ente previdenziale; l'attuazione del principio di solidarietà, in virtù del quale, cioè, la contribuzione non è proporzionata al rischio assicurato né ai redditi dell'assicurato; la soggezione dell'attività assicurativa, anche con riguardo all'importo delle prestazioni, al controllo dello Stato. In definitiva, si esclude che l'assicurazione gestita dall'INAIL possa intendersi alla stregua di un'attività economica, che è logico presupposto per l'applicazione della disciplina concorrenziale.

²⁷¹ Si trattava di un sistema non immune da inconvenienti, come ricorda A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., 333.

²⁷² Sul punto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva segnalato, nel 1999, l'opportunità di modificare la disciplina, in vista della necessaria apertura delle funzioni gestite dall'INAIL ad un mercato concorrenziale opportunamente regolato.

²⁷³ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 36, in *Foro it.*, 2000, I, 704, la quale ha dichiarato l'inammissibilità del referendum proposto al fine di abolire il regime monopolistico dell'INAIL. In effetti, come ricorda la Corte, già a partire dalle disposizioni dell'art. 38 Cost. è possibile constatare il carattere pubblicistico dell'assicurazione sociale ove « l'utile di impresa è un "fattore estraneo" [...] »; piuttosto, la funzione è « esclusivamente quella di "garantire ai beneficiari la sicurezza del soddisfacimento delle necessità di vita" ». In ogni caso, la Corte ha modo di ribadire che « la norma costituzionale "lascia piena libertà allo Stato di scegliere i modi, le forme, le strutture organizzative ritenute più idonee ed efficienti allo scopo", sempre che la scelta degli stessi sia tale da costituire "piena garanzia, per i lavoratori, al conseguimento delle previdenze alle quali hanno diritto, senza dar vita a squilibri e sperequazioni" ».

²⁷⁴ Corte Giust. UE, 22 gennaio 2002, C-218/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 331.

²⁷⁵ Trib. Vicenza, 25 maggio 2000, in Banca dati *DeJure*.

Il novero dei compiti assegnati all'Istituto ha seguito una parabola sempre crescente. Accanto alla tutela indennitaria, sulla quale ci si soffermerà a breve, il campo d'azione si è col tempo arricchito, finendo per ricomprendere materie tra loro eterogenee, quali: l'informazione, l'assistenza, la formazione, la prevenzione, la sicurezza, l'attività di consulenza, il controllo ispettivo, l'erogazione di prestazioni²⁷⁶.

Tra le molte prestazioni corrisposte dall'Assicuratore sociale, occorre soffermare l'attenzione sulla misura indennitaria erogata in caso di infortunio e malattia.

Anzitutto, perché ricorra un infortunio sul lavoro – tale da consentire l'applicazione della relativa tutela – è necessario che intervenga un duplice ordine di presupposti: una “causa violenta”²⁷⁷ e una “occasione di lavoro” (art. 2, t.u. 1124/1965)²⁷⁸. L'art. 3 del richiamato t.u. stabilisce, inoltre, l'obbligatorietà dell'assicurazione per le malattie professionali: patologie, dunque, contratte a causa dell'attività lavorativa (più precisamente, « nell'esercizio e a causa delle lavorazioni [...] »)²⁷⁹.

Resta comunque da sottolineare che, in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale, trova applicazione il principio di automaticità delle prestazioni: il lavoratore ha diritto alle prestazioni previdenziali a prescindere dal regolare assolvimento degli obblighi anche previdenziali imposti dalla legge al datore di lavoro (art. 67, t.u. 1124/1965).

Al ricorrere di uno dei predetti eventi lesivi, il lavoratore deve informare il datore di lavoro entro i termini e i modi stabiliti dall'art. 52 t.u. 1124/1965, il quale dovrà trasmettere la segnalazione all'Istituto assicuratore. Ricevuta la denuncia, l'INAIL avvia una procedura di accertamento per verificare i presupposti per l'erogazione del beneficio e l'entità del danno.

Sugli esiti di tale accertamento e sulla possibilità, per il prestatore di lavoro, di agire in giudizio nei confronti delle determinazioni dell'Ente, è bene rinviare al testo degli artt. 101 ss. t.u. 1124/1965.

I criteri per la determinazione dell'indennizzo trovano disciplina all'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38.

²⁷⁶ Cfr. A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., 338 ss. per un'analisi più dettagliata dei compiti istituzionalmente svolti dall'Ente.

²⁷⁷ Secondo l'indirizzo prevalente, essa identificherebbe una causa efficiente e rapida. Cfr. M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 154 ss.

²⁷⁸ Sul significato di “occasione di lavoro”, anche con riguardo alla fattispecie dell'infortunio *in itinere*, cfr. M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 146 ss.

²⁷⁹ La distinzione tra malattia tabellata e non tabellata richiede necessariamente un rinvio agli scritti di M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 160 ss., soprattutto per quanto attiene alle sue ricadute probatorie.

È opportuno, inoltre, chiarire che la riconosciuta indennizzabilità del danno biologico deve attribuirsi ad una modifica normativa recata dal d.lgs. n. 38/2000 (in seguito emendata dal d.lgs. n. 202/2001)²⁸⁰. Se, prima di allora, l'assicurazione offerta dall'Istituto non copriva il danno biologico subito dal lavoratore, ma si limitava a indennizzare il solo pregiudizio di natura patrimoniale conseguente alla menomazione della capacità lavorativa generica²⁸¹, l'art. 13 ora statuisce che « Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato ».

Al verificarsi di un danno biologico (ivi definito quale « lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona »²⁸²), la norma impone di distinguere tre differenti categorie: le menomazioni di grado pari o superiore al 6% ed inferiore al 16% (in breve, 6-15%); le menomazioni di grado pari o superiore al 16%; infine, benché non espressamente stabilite (eppure desumibili *a contrario*), le menomazioni inferiori al 6%: queste ultime, infatti, non fanno sorgere alcun diritto all'indennizzo in capo al lavoratore (e, in questo senso, possono ritenersi una franchigia), potendo questo rivolgersi comunque all'autorità giudiziaria per la condanna del datore al risarcimento del danno²⁸³.

²⁸⁰ Sul punto, infatti, almeno in tre occasioni la Corte Costituzionale aveva ribadito la necessità di una garanzia assicurativa piena con riferimento al danno biologico, invitando il legislatore a provvedere in tal senso. Si tratta di Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 3, ed in *Foro it.*, 1991, I, 1664, con nota di D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni*, ove, pur riconoscendo che « il rischio della menomazione dell'integrità psico-fisica del lavoratore [...] debba per se stessa e indipendentemente dalle sue conseguenze ulteriori, godere di una garanzia differenziata e più intensa », conclude che « il rafforzamento della tutela del lavoratore qui considerato comporterebbe una innovazione legislativa, e quindi la specificazione di modalità procedurali e tecniche, la cui effettuazione spetta al legislatore »; Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Dir. econ. ass.*, 1992, 257; Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 58. Nel complesso, come riferisce D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 129 s., queste pronunce hanno svolto un'operazione di profonda modifica dell'originario quadro normativo; modifica fondata sul riferimento che l'art. 32 Cost. opera al diritto alla salute e alla sua tutela, così esteso anche allo svolgimento del rapporto di lavoro. Per l'effetto, il campo d'azione della responsabilità civile risulta particolarmente dilatato.

²⁸¹ M. MARAZZA, *Contratto di lavoro e organizzazione, II, Diritti e obblighi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Milano, 2012, 1766.

²⁸² La definizione risulta solo in parte convergente con la definizione recata dal (successivo) art. 138 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209: « la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito ». All'interno della normativa sull'infortunistica, infatti, è assente ogni riferimento alle lesioni temporanee, così come l'incidenza negativa sulle attività quotidiane. La divergenza descritta è una delle ragioni per la diversa traduzione del danno biologico ai fini indennitari e a quelli risarcitori. Per un approfondimento, cfr. A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., 46.

²⁸³ Sul punto, correttamente G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 2012, 256, osserva che « le rispettive soglie di franchigia si pongono, quindi, come diretta espressione della funzione previdenziale di questa tutela, la quale, diversamente dalla responsabilità civile, è irrimediabilmente estranea a qualunque pretesa di integrale risarcimento ».

Secondo l'art. 13, secondo comma, lett. a), d.lgs. cit., l'indennizzo per le menomazioni di grado più contenuto (6-15%) viene erogato in capitale; quello superiore, invece, è corrisposto mediante una rendita e, ai sensi della lett. b), comporta l'erogazione di « un'ulteriore quota di rendita » per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali della menomazione²⁸⁴.

Come previsto dall'art. 66 del t.u. 1124/1966, le prestazioni cui ha diritto il lavoratore sono di tipo economico e sanitario. Alle cure mediche e chirurgiche (comprehensive di accertamenti clinici e della fornitura degli apparecchi di protesi), si somma la corresponsione di un'indennità giornaliera per l'inabilità temporanea assoluta (cioè quando le conseguenze dell'infortunio possono essere superate nel tempo); di una rendita per l'inabilità di tipo permanente (quindi, per l'art. 74 t.u., se la lesione toglie « completamente e per tutta la vita l'attitudine al lavoro »), variabile a seconda che l'inabilità sia assoluta o relativa; di un assegno per l'assistenza personale continuativa e, infine, di una rendita ai superstiti ed un assegno *una tantum* in caso di morte²⁸⁵.

Se, da un lato, le prestazioni sanitarie sono dirette al recupero della capacità lavorativa del prestatore (art. 86, t.u. 1124/1965), dall'altro, l'indennizzo – non certo volto alla completa riparazione del danno, cui solo il risarcimento tende – risponde al fine sociale di non lasciare il lavoratore privo di tutele²⁸⁶. In questo senso sembra deporre, peraltro, lo stesso dato testuale dell'art. 13, secondo comma, d.lgs. 38/2000, il quale ribadisce l'inserimento del danno biologico entro un « sistema d'indennizzo e sostegno sociale ».

Per il recupero delle somme così erogate al lavoratore infortunato (o ai suoi aventi causa), l'Istituto ha a disposizione tre azioni, genericamente definite di “rivalsa”: il regresso, previsto dall'art. 11 t.u. 1124/1965²⁸⁷, da esercitarsi nei confronti delle « persone civilmente responsabili

del danno poiché costituzionalmente orientata al diverso obiettivo di sollevare il lavoratore da una condizione di bisogno, la cui valutazione nei limiti della ragionevolezza non può che essere rimessa alla discrezionalità legislativa ».

²⁸⁴ La determinazione del danno biologico viene effettuata, per gli eventi accaduti entro il 31 dicembre 2018, mediante il ricorso alla “Tabella delle menomazioni” (d.m. 12 luglio 2000). Per quelli intervenuti a partire dal 1° gennaio 2019, invece, la tabella anzidetta è sostituita dalla “Tabella indennizzo danno biologico in capitale”. Infine, la “Tabella dei coefficienti” (d.m. 12 luglio 2000) consente di calcolare l'ulteriore quota di rendita, in caso di menomazioni di grado pari o superiore al 16%. Sul punto, si legga M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., 170 s.

²⁸⁵ Per un approfondimento, cfr. A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni*, cit., 460 ss. e, con riferimento alle prestazioni sanitarie, 555 ss.

²⁸⁶ Si comprende, infatti, il passaggio dal fondamento della tutela previdenziale sul “rischio professionale” a quello della solidarietà generale, in ottica di liberazione del lavoratore da situazioni di bisogno. M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 132-134.

²⁸⁷ La norma dispone che « L'istituto assicuratore deve pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo, salvo il diritto di regresso per le somme pagate a titolo d'indennità e per le spese accessorie contro le

» nei casi di inoperatività dell'esonero di cui all'art. 10 t.u. cit., sul presupposto, cioè, della sussistenza di un fatto-reato perseguibile *ex officio*, accertabile anche dal giudice civile²⁸⁸; l'azione surrogatoria, generalmente disciplinata all'art. 1916, primo comma, c.c. al ricorrere di un terzo responsabile dell'infortunio²⁸⁹; infine, si annovera l'azione diretta introdotta dalla legge n. 990/1969 ed integrata dal d.lgs. 209/2005, mediante la quale l'Istituto può agire nei confronti dell'assicuratore del responsabile del sinistro²⁹⁰.

I presupposti comuni alle anzidette azioni risiedono, anzitutto, nell'accertamento della responsabilità civile del danneggiante, sì da evitare che questi possa beneficiare delle provvidenze erogate dall'Istituto; deve inoltre ritenersi che il recupero sarà limitato alle voci di danno coperte dall'assicurazione sociale e, in ogni caso, alla somma dovuta dal civilmente responsabile in ossequio ai criteri civilistici²⁹¹. A tali azioni, inoltre, ben potrebbe assegnarsi un effetto *lato sensu* deterrente, in quanto le stesse, oltre a reintegrare l'Istituto previdenziale, sarebbero volte ad incentivare il datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni di sicurezza²⁹².

Quello predisposto a tutela del prestatore di lavoro è un sistema integrato e composito: accanto alla misura indennitaria erogata, come visto, dall'assicuratore sociale, il lavoratore (o i suoi eredi) può agire in giudizio "secondo il diritto civile" al fine di ottenere la condanna di controparte al risarcimento del danno differenziale (quantitativo o qualitativo).

Tale nozione non ha origine legislativa ma è frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina.

Il riconoscimento di un danno c.d. differenziale ben si comprende, anzitutto, in ragione della non coincidenza tra le fattispecie del danno civile e di quello previdenziale: per meglio dire, esso è frutto della diversità di criteri adottati per la valutazione dello stesso²⁹³. In effetti, come sottolineato da attenta dottrina, « è nella valutazione monetaria della lesione che si apprezza

persone civilmente responsabili. La persona civilmente responsabile deve, altresì, versare all'Istituto assicuratore una somma corrispondente al valore capitale dell'ulteriore rendita dovuta, calcolato in base alle tabelle di cui all'art. 39 ».

²⁸⁸ Tra le molte, si legga sul punto Cass. 5 febbraio 2015, n. 2138, in *Giust. civ. mass.*

²⁸⁹ Come correttamente evidenziato, in chiave di sistema, da D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 119 ss., l'azione di surroga e di regresso rappresentano « le vie che consentono al danno alla salute di penetrare all'interno del rigido apparato normativo antinfortunistico ». A queste azioni viene assegnato il significato di « punto di contatto » dell'assicurazione obbligatoria con il terreno presidiato dalla responsabilità civile.

²⁹⁰ A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 827 ss.

²⁹¹ Per un approfondimento, si rinvia allo scritto di A. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 828-860.

²⁹² In questo senso, Corte Cost., 16 giugno 1971, n. 134, in Banca dati *DeJure*.

²⁹³ In questo senso, G. MARANDO, *Responsabilità. Danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, 501 ss.

invece la diversa funzione assolta dalla garanzia indennitaria, posto che in tale ambito, diversamente dalla responsabilità civile, la nozione di danno non viene assunta con l'obiettivo di provvedere al suo risarcimento, ma come parametro di commisurazione delle indennità al bisogno provocato dalla lesione. Ne deriva così una differenza quantitativa tra gli importi dell'indennizzo e del risarcimento che riflette in realtà la più ampia differenza qualitativa che sussiste tra la garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita e la riparazione del danno nella misura in cui è imputabile al responsabile civile »²⁹⁴.

In linea di prima approssimazione, con la locuzione “danno differenziale”, s'intendono, in materia giuslavoristica, le frazioni o le componenti ulteriori di danno biologico non coperte dalla tutela erogata dall'assicuratore sociale, eppure sofferte dal lavoratore danneggiato, quindi suscettibili di essere compensate. In effetti, tale definizione sembra trovare un proprio fondamento nell'art. 10, settimo comma, t.u. 1124/1965, a mente del quale « Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli artt. 66 e seguenti »: ove il lavoratore scegliesse di chiedere la condanna di controparte all'integrale risarcimento del danno, questo sarà dovuto solo nella misura non ricompresa dalla prestazione previdenziale.

La riconosciuta indennizzabilità del danno biologico, logico presupposto per la configurabilità di un danno “differenziale”²⁹⁵, deve attribuirsi, come anticipato, ad una modifica normativa recata dal d.lgs. n. 38/2000 (in seguito emendata dal d.lgs. n. 202/2001).

Il danno differenziale – che, senza timore di smentite, rappresenta uno dei temi di maggiore dibattito nella letteratura giuslavoristica – può comprendersi sotto una duplice accezione²⁹⁶.

Nella variante “quantitativa” (ovvero “residuale”²⁹⁷), esso designa quella porzione di danno sofferta dal lavoratore ma eccedente la liquidazione operata dall'Istituto di previdenza. Dunque,

²⁹⁴ G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., 249.

²⁹⁵ Cfr. L. LA PECCERELLA, *Il Testo Unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a cinquanta anni dalla promulgazione. Il percorso evolutivo e le sue prospettive*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 192 ss. ed in part. 202 ss. Sul testo della norma e le problematiche legate alla riforma del 2000, cfr. G. LUDOVICO, *op. cit.*, 238 ss. Oltre alle già evidenziate novità introdotte dal decreto, occorre ricordare il passaggio dalla precedente impostazione, fondata sul criterio della capacità del lavoratore di produrre reddito, ad una diversa logica che, invece, ai fini della liquidazione del danno biologico, assegna rilevanza alla lesione dell'integrità psicofisica del prestatore. In tema, si legga altresì P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, in (a cura di) P.G. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 274 ss.

²⁹⁶ Tale distinzione si deve, per primo, a G. MARANDO, *Responsabilità*, cit., 504 ss.

²⁹⁷ M. MARAZZA, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 1766.

la differenza tra indennizzo e risarcimento si apprezza in termini strettamente quantitativi e rispetto a voci di danno tra loro omogenee.

Entro tale fattispecie possono senz'altro ricondursi l'eventuale eccedenza del risarcimento rispetto a quanto erogato a titolo di indennizzo per il danno biologico permanente (per le menomazioni di grado pari o superiore al 6%), o il divario tra il danno patrimoniale e la « ulteriore quota di rendita » predisposta dall'Istituto per le invalidità pari o superiori al 16%²⁹⁸. Al contrario, nella nozione di danno differenziale “qualitativo” (anche detto “complementare” ovvero “supplementare”²⁹⁹) rientrano tutte quelle voci di danno (patrimoniale e non) escluse *tout court* dalla garanzia assicurativa.

Di incerta collocazione appare, invece, il riconoscimento dei danni biologici o patrimoniali inferiori alle soglie di franchigia (6 o 16%), che peraltro ben potrebbero essere in un secondo momento superate per effetto di un aggravamento della lesione. Analoghe ambiguità si pongono, poi, con riguardo al danno biologico temporaneo e alle lesioni della sfera esistenziale del lavoratore³⁰⁰.

Nonostante la necessità, da più parti invocata, di un coordinamento tra la tutela indennitaria del danno biologico e gli istituti di cui agli artt. 10 e 11 t.u. 1124, il richiamato art. 13 è rimasto tuttavia silente sul punto.

Chiamata ad intervenire sul punto, la letteratura è giunta a conclusioni assai divergenti; ciò nonostante, rispetto alla pluralità di orientamenti interpretativi sembra comunque possibile rintracciare un comune convincimento: se per le voci di danno differenziale qualitativo si ammette, in ossequio alle regole di diritto comune, l'integrale risarcimento del danno, si pone, per il differenziale quantitativo, il problema di stabilire i criteri per la sua risarcibilità e quantificazione³⁰¹.

Al danno differenziale quantitativo sarebbe applicabile la regola dell'esonero, con la conseguenza che esso seguirà i criteri (e i limiti) risarcitori posti dall'art. 10 t.u. 1124/1965.

Ad opposte conclusioni deve, invece, pervenirsi con riguardo alla fattispecie del danno complementare, la cui sussistenza soggiace alla valutazione della responsabilità civile del

²⁹⁸ Si legga, in tema, G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, cit., 256 ss.

²⁹⁹ M. MARAZZA, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 1766.

³⁰⁰ Sul punto, si leggano le pagine di G. LUDOVICO, *op. cit.*, 259.

³⁰¹ Cfr. G. LUDOVICO, *op. cit.*, 264 ss., cui si rinvia per l'analisi dei diversi orientamenti formatisi sul punto.

datore di lavoro³⁰². In quest'ultimo caso, infatti, si tratta di un danno *ab origine* escluso dalla copertura dell'Ente e, correlativamente, dal perimetro dell'obbligo assicurativo³⁰³.

Convenuto in giudizio per il risarcimento del danno sarà, ai sensi dell'art. 2087 c.c., il datore di lavoro; per l'art. 2043 c.c., il terzo responsabile; ancora, secondo l'art. 2049 c.c., un altro dipendente, se il fatto è da questi cagionato.

In conclusione – come efficacemente sintetizzato dai Giudici costituzionali³⁰⁴ – l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro s'inserisce in un rapporto trilaterale che coinvolge lavoratore, datore di lavoro e l'Istituto di previdenza e realizza una sintesi dei reciproci diritti ed interessi: « il lavoratore riceve automaticamente le prestazioni, però con precisi limiti qualitativi [...] e quantitativi [...]; il datore di lavoro sopporta la maggior parte dell'onere contributivo, ricevendone in cambio l'esonero dalla responsabilità; l'INAIL paga le rendite, agendo in regresso contro i datori di lavoro che siano dalla legge ritenuti responsabili dell'infortunio occorso al lavoratore ».

Proprio in considerazione della limitazione imposta all'esonero (in forza della quale è esclusa la responsabilità solo laddove il comportamento del datore di lavoro non integri un illecito penale), l'impostazione di fondo della tutela sugli infortuni deve ritenersi rispondente, come si vedrà, ad una logica assicurativa, piuttosto che ad una socializzazione *tout court* del rischio³⁰⁵.

³⁰² A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 390 s.

³⁰³ Con mirabile capacità sintetica, Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, cit., chiarisce infatti che « L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi ed oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero: e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art. 10 del T.U. del 1965. Come è stato affermato in sintesi in dottrina, se non si fa luogo alla prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione, cade l'esonero ». Tra le molte, Cass., sez. lav., 2 marzo 2018, n. 4972, in *Dir. giust.*, 2018, 5 marzo, in linea con il consolidato orientamento della giurisprudenza, ha affermato che « La regola dell'esonero - e del suo superamento solo in presenza di illiceità penale - non vale per il danno che esula *ab origine* dalla copertura assicurativa INAIL (c.d. danno complementare, [...]) come il biologico temporaneo, il biologico in franchigia (fino al 5%), il patrimoniale in franchigia (fino al 15%), il morale ed i pregiudizi esistenziali, il danno tanatologico o da morte *iure proprio* e *iure successionis*, la personalizzazione o ricadute soggettive del danno biologico); per ottenere il quale il lavoratore o suoi eredi possono agire nei confronti del datore secondo il diritto civile, azionando anche una domanda per responsabilità contrattuale (oltre che extracontrattuale); avvalendosi quindi se del caso dell'inversione dell'onere della prova della colpa, nella logica oramai assodata della responsabilità contrattuale *ex artt. 2087 e 1218 c.c.* ». Quanto, invece, ai criteri di comparazione tra indennizzo e risarcimento, anche con riguardo all'applicazione dell'istituto della *compensatio lucri cum damno*, è bene rinviare allo scritto di A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 810 ss.

³⁰⁴ Corte Cost., 29 ottobre 1999, n. 405, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1275.

³⁰⁵ Corte Cost., 29 ottobre 1999, n. 405, cit.

11. La disciplina antinfortunistica e i suoi rapporti con la responsabilità civile: un'occasione di riflessione

Come anticipato, nell'ambito della legislazione antinfortunistica, ad uno stesso evento lesivo può ricollegarsi il sorgere tanto di un'obbligazione indennitaria, corrisposta dall'Ente previdenziale, quanto, almeno in taluni casi, di un'obbligazione di tipo risarcitorio.

Tale circostanza rende ancora più manifesto il rapporto che storicamente lega, a mo' di intreccio, la disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni a quella della responsabilità civile³⁰⁶.

Proprio a partire dalla trattazione di tale rapporto si comprende come il (mobile) confine che separa le tutele assegnate al lavoratore abbia risentito delle tendenze progressivamente espansive del modello aquiliano.

Non solo.

Come si è autorevolmente evidenziato in dottrina³⁰⁷, l'antinfortunistica sul lavoro rappresenta una occasione preziosa per riflettere intorno al (più ampio) rapporto che lega, in termini generali, l'assicurazione alla responsabilità civile, sulla cui rilevanza la letteratura giuridica è oggi saldamente attestata.

La reciproca influenza che lega la responsabilità civile all'istituto assicurativo, infatti, ha costituito e continua a rappresentare un osservatorio privilegiato per studiare l'evoluzione della disciplina giuridica dell'uno e dell'altro settore.

Eppure, nonostante l'apparente conclusione di tale affermazione, la dottrina italiana – a differenza della riflessione già coltivata nei Paesi di *common law*³⁰⁸ – sembra aver prestato una considerazione solo parziale e tardiva al tema³⁰⁹.

³⁰⁶ A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 790.

³⁰⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 723 ss.

³⁰⁸ Lo riferisce C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 724. Cfr. G. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 Yale L.J., 1987, 1521 ss.; S. SHAVELL, *On liability and insurance*, 13 Bell J. of Economics, 1982, 120 ss, secondo cui « the effects of liability rules and of insurance are mutually dependent »; FLEMING JAMES JR – J.V. THORNTON, *The Impact of Insurance on the Law of Torts*, 15 Law and Contemporary Problems, 1950, 431 ss.; secondo FLEMING JAMES JR, *Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance*, 57 Yale L.J., 1948, 549 ss., « The last half century has brought a deluge of legal writing concerning the relation between liability insurance and the law of torts. There are hundreds of law review articles on the subject, as well as dozens of books », W. PAGE KEETON, *The Law of Torts*, 5^a ed., a cura di W.P. KEETON – DOBBS - R.E. KEETON, Owen, St. Paul, 1984, 584; R. MERKIN – J. STEELE, *Insurance and the Law of Obligations*, Oxford, 2013, 30 ss.; K.S. ABRAHAM, *Making Sense of the Liability Insurance Crisis*, Ohio State Law Journal, vol. 48, no. 2, 1987, 399 ss.

³⁰⁹ Il riferimento è al pensiero di A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993 e di C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 105, 363. Non si può comunque sostenere che tale insegnamento sia rimasto trascurato. In proposito, si apprezzano, tra i molti (ed oltre a quelli *supra* citati), gli scritti di G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, I, 534 ss.; A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia*

Dapprima collocate lungo linee parallele, sebbene interdipendenti, poi gradualmente avvicinandosi, responsabilità civile ed assicurazione hanno finito per convergere in un « intimo intreccio di vicendevoli interferenze »³¹⁰.

In effetti, se si abbandona un approccio strutturale e partitativo – volto ad analizzare singolarmente le caratteristiche dell’una e dell’altra fattispecie³¹¹ – per accogliere, invece, una prospettiva funzionale, è possibile cogliere, in chiave unificante, i risvolti della circolarità di questo rapporto³¹².

Il portato del dialogo tra le richiamate fattispecie si sostanzia, principalmente, nell’individuazione di una comune attitudine distributiva del costo del danno, la quale, per la

delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi, 2^a ed., Milano, 2000, 255; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in (a cura di) M. COMPORTE e G. SCALFI, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 97 ss., il quale sottolinea che « un simile intreccio [...] non ha potuto, ovviamente, rimanere senza conseguenze sulla struttura di tali istituti. E se il progressivo affermarsi dello strumento dell’assicurazione della responsabilità ha indiscutibilmente mutato profondamente il diritto della responsabilità civile, incidendo sui presupposti, il contenuto e le stesse modalità del risarcimento del danno, non bisogna trascurare di considerare la corrispondente tensione » che ha determinato una sempre maggiore finalizzazione dell’assicurazione all’immediata riparazione del danno; R. CAVALLO BORGIA, *L’assicurazione di responsabilità civile*, in (a cura di) R. CAVALLO BORGIA, *Responsabilità e assicurazione*, 2^a ed., Milano, 2007; G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 571 ss. dove l’A. sottolinea che il tema ha rappresentato un « classico del diritto privato generale, e non solo in Italia » e che « è noto, infatti, che i due istituti siano inestricabilmente uniti, in un rapporto di sinergica complementarità »; ID., *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1 ss.; ID., *Nuove figure di danno alla persona e tecniche assicurative*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 404 ss.; ID., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., *passim*; P. CORRIAS, *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2011, 245 ss.

³¹⁰ A. LA TORRE, *Colpa, rischio e danno fra responsabilità e assicurazione*, in *Ass.*, 1979, I, 320. L’A. definisce l’assicurazione come una « insostituibile chiave di lettura delle metamorfosi che l’istituto della responsabilità civile va subendo da circa un secolo » e traccia un interessante percorso storico per dimostrare come « i due concetti, un tempo inconciliabili, si siano potuti combinare fin quasi a diventare i termini di un binomio indissolubile ».

³¹¹ L’originaria distanza che caratterizzava gli strumenti in esame è stata ricondotta in dottrina ad un complesso di fattori. Giova ricordare, in proposito, il requisito dell’ingiustizia del danno e una visione, poi superata, della responsabilità civile quale « sorta di stato allotropico di quella penale » (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 725), interessata all’individuazione del soggetto colpevole, più che di quello gravato dell’obbligo risarcitorio. Ancora, sul versante strutturale, come insegna C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 724, il danno, pur essendo un elemento comune, si declina diversamente: nella responsabilità civile è *prius* ed è elemento contrassegnato dall’antigiuridicità; nel contratto assicurativo, invece, esso sorge a partire da un comportamento rispettoso dell’ordinamento e viene ad esistenza solo in via eventuale, dando luogo, così, al sorgere dell’obbligazione indennitaria in capo all’assicuratore.

³¹² C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 723 ss.

verità, sembra meglio svolta dall'istituto assicurativo, in quanto capace di far gravare la perdita in via non già singolare, bensì diffusa (e, di conseguenza, meno onerosa)³¹³.

Tra gli altri punti di approdo deve, poi, ricordarsi una ridefinizione, sempre mutuale, della struttura e delle finalità contrassegnanti i singoli istituti, oltre al ricorso a fattispecie di responsabilità obbligatoriamente assicurata.

In questo (ultimo) senso depono la disciplina dell'assicurazione contro gli infortuni e quella, successiva, per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, inaugurata in Italia con la legge 24 dicembre 1969, n. 990 (ed oggi disciplinata dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. *Codice delle assicurazioni private*).

Il duplice richiamo alla normativa in commento consente, da un lato, di verificare il rapporto tra diritto privato generale (c.d. "diritto primo") e i cc.dd. "diritti secondi" nonché, sul piano delle fonti, quello intercorrente tra il codice e la legislazione particolare³¹⁴; dall'altro lato, di

³¹³ Il riferimento è all'opera di V. MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, 111, le cui riflessioni sono richiamate da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 726.

³¹⁴ Sotto tale primo aspetto – il quale origina a partire dalla "fuga" dal codice civile (l'espressione fa riferimento allo scritto di C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20 ss.) – la disciplina antinfortunistica avrebbe rappresentato, in termini di riflessione giuridica, un'occasione mancata per la dottrina italiana, la quale avrebbe omesso di cogliere ed analizzare, anche in questo ambito, le strette connessioni tra responsabilità e assicurazione. Tali due istituti, come ricordato, risultano strettamente complementari: alla prima, infatti, si mostra più attenta alla prevenzione dell'evento dannoso; il secondo, invece, quale reazione distributiva ad un danno già verificatosi.

Sarebbe così venuta meno ogni possibilità di concepire una continuità tra l'una e l'altra disciplina all'interno di un quadro normativo unitario. Per effetto della (più volte) denunciata assenza, e dell'arretratezza culturale da questa conseguente, l'assicurazione obbligatoria (r.c.a.) sarebbe nata e si sarebbe sviluppata, allora, come un « corpo estraneo rispetto alla disciplina codicistica o tutt'al più come qualcosa da aggiungere a quest'ultima ». Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 723 ss. (in part. 727 ss.). Un ripensamento volto ad una correlazione tra istituti non perveniva nemmeno all'occasione della nuova codificazione del 1942 (*ivi*, 737 ss.). Un simile esito è ancora più grave se sol si considera che « L'analisi del diritto positivo mostra in qual modo e in quale misura responsabilità e assicurazione possono combinarsi per fornire mediante il loro coordinarsi la misura socialmente più adeguata in risposta al danno » (*ivi*, 741).

Tale incomunicabilità tra la disciplina comune e i settori speciali è avvertita anche da D. POLETTI, *Danni alla persona negli « accidenti da lavoro e da automobile »*, cit., 4 ss. (e *passim*).

La disciplina antinfortunistica ha rappresentato una delle primissime occasioni di decodificazione. Ad evidenziare questo aspetto è G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, cit., 143 ss. L'Autore spiega come il diritto comune civilistico, sorretto da principi unici e certi, scontrandosi con le nuove esigenze sociali, abbia dovuto fare i conti con l'emersione di nuove consapevolezze e, per l'effetto, il rischio di una frammentazione di disciplina. Indice di tale frammentazione è il settore degli infortuni sul lavoro (*ivi*, 410 ss.), ove il distacco dalla responsabilità civile si è realizzato, come noto, con l'intervento normativo del 1898, valorizzato nella sua dimensione sociale e di conciliazione dei conflitti di classe.

Si spiega, inoltre, il disinteresse mostrato dalla dottrina in ordine al dibattito che investiva la relazione tra il diritto degli infortuni e la responsabilità di diritto comune (e nemmeno tra responsabilità ed assicurazione). Altrettanto trascurate erano le contrapposizioni tra il carattere pubblicistico e privatistico dell'intervento ed il piano giuridico e quello sociale. In definitiva, lungi dall'aver trovato una propria collocazione in una precisa disciplina giuridica,

comprendere quale significato residuerebbe in capo alla responsabilità civile, nel momento in cui « l'effetto giuridico suo tipico, il risarcimento del danno, per la previsione stessa della legge viene sostituito in maniera tendenzialmente completa dall'indennizzo assicurativo »³¹⁵.

In chiusura, è interessante avanzare una definizione qualificatoria per la disciplina antinfortunistica.

Come si avrà modo di approfondire, il sistema italiano di riparazione del danno alla persona, lungi dall'essere raffigurato quale unitario, si presenta assai composito ed articolato.

Alle diverse tipologie di pregiudizio, infatti, non sembra corrispondere la previsione di una risposta unica ed omogenea; al contrario, l'introduzione di discipline speciali e differenziate – compito spettante al solo legislatore³¹⁶ – ha consentito di tenere conto, in maniera più sartoriale, della rilevanza e della diffusione sociale del tipo di danno e della pericolosità dell'attività cui questo discende³¹⁷.

Nell'ambito dei diversi modelli riparatori teorizzati³¹⁸, gli infortuni sul lavoro segnano un notevole distacco rispetto alle tradizionali regole della responsabilità civile, per avvicinarsi – almeno nella sua formulazione originaria – alle logiche della sicurezza sociale³¹⁹.

A fondamento del meccanismo di socializzazione del danno si suole tradizionalmente porre la c.d. “transazione sociale”, sinteticamente descritta in un principio di sinallagmaticità tra contribuzione ed esonero. Originariamente, dunque, il t.u. 1124/1965 dava luogo ad un modello transattivo e compromissorio, in forza del quale, come visto, il datore di lavoro, chiamato a corrispondere un premio all'Assicuratore sociale, « risolve in termini economici più

tali normative definite « estravaganti » restavano intrappolate in « un'area magmatica – tra diritto privato, diritto del lavoro e un settore previdenziale ancora tutto da definire – di difficile ricostruzione » (*ivi*, 471).

³¹⁵ Cfr. sempre C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 727. Con riferimento al profilo di indagine poc'anzi evocato, non sarebbe corretto formulare un giudizio di residualità dell'istituto aquiliano in favore dell'assicurazione di diritto privato. Si consideri, anzitutto, la previsione di massimali, al di sopra dei quali la responsabilità civile torna operante. Ad ostare al cennato superamento militerebbe, soprattutto, la considerazione che la responsabilità è un elemento (indefettibile e) presupposto dall'assicurazione. In effetti, nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, la responsabilità rimarrebbe comunque vitale sul piano dell'allocatione del costo del danno. Si pensi, in particolare, all'istituto della surroga dell'assicuratore. Pertanto, « le assicurazioni di diritto privato [...], obbligatorie o no, non solo non obliterano la responsabilità civile ma addirittura la esigono, atteggiandosi in funzione di essa » (*ivi*, 742, 749).

³¹⁶ Come riferisce lucidamente F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 235, « In Italia, una disciplina di settore, che comporti una deviazione dalla disciplina normativa generale, potrebbe essere introdotta soltanto dal legislatore o, nei limiti dei suoi compiti interpretativi, dal giudice; non dai privati ».

³¹⁷ In questi termini, D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 279 ss. (in part. 280).

³¹⁸ Cfr. l'analisi di F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, 219 ss. (in part. 223 ss.) e di G. PONZANELLI, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, cit., 6 ss.

³¹⁹ Concordano in tal senso G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, 18 s. e D. POLETTI, *op. ult. cit.*, 280 s.

convenienti la prestazione delle lesioni alla persona »³²⁰, potendo godere di un esonero dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro, a fronte dell'indennizzo corrisposto al lavoratore; a seguito dei molti interventi della Corte Costituzionale, che ne hanno orientato e modellato la disciplina per adeguarla ai valori solidaristici impressi dalla Carta, tale carattere originario sembra oggi sopravvivere, ma secondo logiche più sfumate³²¹.

La disciplina antinfortunistica ha avuto il pregio di realizzare, per prima, un sistema combinato di riparazione del danno alla persona³²²: si tratta, cioè, di una “terza via”³²³ che, pur presentando indubbi aspetti di complessità ed inconvenienti³²⁴ – specie sul versante del coordinamento tra istituti e della purezza concettuale –, ha il vantaggio di evitare, in termini di esclusiva rigidità, le norme di diritto pubblico in (sola) alternativa alle regole di diritto privato³²⁵. La scelta (ed il mantenimento) di tale binomio ha inoltre consentito al sistema degli infortuni di perseguire funzioni indennitarie, distributive, ma anche deterrenti³²⁶.

³²⁰ Cfr. l'analisi di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 726 ss.

³²¹ Tale carattere compromissorio – il quale si coglie senz'altro nella selezione della tutela e del tipo di rischio assicurato – è stato, come anticipato, poi coniugato dalla Corte Costituzionale con i principi solidaristici. Come sottolinea A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro*, cit., 15, « la Corte ha seguito una linea interpretativa in certo qual modo compromissoria, attenta da un lato a valorizzare la specificità della tutela infortunistica, quale forma di protezione sociale intimamente legata alla connotazione professionale dell'evento e, per questo, ancorata allo schema assicurativo, e dall'altro a coniugarne i profili di specialità con i principi solidaristici che ne forgiarono oramai il fondamento costituzionale ». Sforzo che, tuttavia, « non è stato sempre scevro da ambiguità e incongruenze e, talvolta, da vere e proprie contraddizioni ».

³²² D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 74 ss. (e *passim*). Eppure, nonostante la sua intrinseca portata rivoluzionaria, diversamente da quanto accaduto in altri ordinamenti, il modello non ha rappresentato l'occasione per un dibattito generale su soluzioni normative alternative alla responsabilità civile. Si pensi, ad esempio, ai sistemi di *accident compensation* svedese (cfr. F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche*, cit., 220) o a quello neozelandese (per il quale si rinvia al capitolo III della presente trattazione).

³²³ I cui caratteri, che ben si differenziano dai tratti tipici della responsabilità civile, sono sintetizzati da A. DE MATTEIS, *op. cit.*, 10 s.: la tutela è selettiva e tipologica; il datore di lavoro corrisponde un premio all'INAIL, che assume su di sé l'onere di procurare al danneggiato un indennizzo (non già, come ribadito, il risarcimento integrale); a tal fine, il lavoratore gode di un alleggerimento probatorio, prescindendo da profili di colpa; il datore è (talvolta) esonerato dalla responsabilità civile.

³²⁴ Come si legge in P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, cit., 290, il concorso tra i diversi regimi è in grado di realizzare una « parziale sinergia »: al fine di perseguire obiettivi garantistici, infatti, il « sistema assicurativo di natura pubblicistica » va a sovrapporsi, sia pur in parte, alla responsabilità civile del datore di lavoro, che rimane applicabile per quanto non disposto dal t.u. 1124. Conclude rilevando che « si manifesta una duplice carenza dell'attuale quadro legislativo sia a svantaggio del prestatore di lavoro, che non usufruisce della tutela assicurativa sociale per l'integrale danno sofferto, sia a carico del datore di lavoro che subisce comunque un maggior aggravio economico ».

³²⁵ D. POLETTI, *op. cit.*, 63.

³²⁶ In questo modo, sul piano di politica del diritto, viene superato il timore di una deresponsabilizzazione in capo al datore di lavoro. In questo senso funzionale è, infatti, la sopravvivenza di alcuni (importanti) spazi per la responsabilità civile e la previsione dei richiamati meccanismi di rivalsa.

In effetti, pur dando luogo ad un processo di socializzazione del danno, tale normativa non sembra realizzare pienamente gli obiettivi della sicurezza sociale³²⁷, almeno nel senso letterale proposto dall'art. 38 Cost.³²⁸: il dettato del t.u. 1124/1965, infatti, circoscrive il proprio campo di operatività mediante la previsione di stringenti limiti oggettivi e soggettivi, dalla cui definizione (legislativa ed ermeneutica) dipende l'intervento, più o meno poderoso, delle comuni regole di responsabilità civile. Avvicinandosi senz'altro ai Fondi indennitari (cfr. Parte II e Capitolo III) sotto il profilo solidaristico, il modello degli infortuni sul lavoro se ne distingue per il ricorso all'istituto assicurativo, pur obbligatoriamente previsto e pubblicamente gestito: la disciplina sugli infortuni risponde, infatti, a delle logiche prevalentemente assicurative, realizzando sì una solidarietà, eppure « più corporativa che collettiva »³²⁹.

La compenetrazione tra regole di diritto privato e diritto pubblico, che il meccanismo in esame propone, infatti, non sembra tale da imporre sulla collettività un preciso obbligo di contribuzione al Fondo, essendo il datore di lavoro il solo ad essere assoggettato ad un prelievo in forma di premio assicurativo.

In via conclusiva, è interessante notare come i cennati interventi della Corte Costituzionale e la progressiva valorizzazione del danno alla persona abbiano condotto ad un'erosione del

³²⁷ In questo senso depono Corte Cost., 15 luglio 1994, n. 310, in Banca dati *DeJure*, secondo cui « Va premesso che il sistema previdenziale vigente in Italia in relazione agli infortuni non è ispirato al criterio-base della piena socializzazione del rischio, nemmeno per quanto attiene all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Ed invero, il d.P.R. n. 1124 del 1965 circoscrive l'ambito della sua operatività, in tema di assicurazione per infortuni, sia in relazione all'aspetto oggettivo, sia con limitazioni di ordine soggettivo ».

Secondo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 743 ss., l'infortunistica non potrebbe definirsi un esempio di assicurazione sociale: questa, infatti, risulta « caratterizzata dalla indifferenza per la fonte del danno, e unicamente preoccupata dell'effetto lesivo da ristorare: in linea di massima, non rileva la causa della malattia ma la malattia in sé come causa di inabilità; non rilevano la causa dell'infortunio e le occasioni dello stesso, ma quest'ultimo, puramente e semplicemente considerato quale fonte di malessere fisico per la persona ». Al contrario, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro si caratterizza per una stretta connessione tra il pregiudizio, da un lato e l'infortunio in quanto occasionato nel contesto lavorativo. Questa caratteristica discende dalla scelta del legislatore di far gravare i costi dell'assicurazione sui datori di lavoro, senza invece nulla chiedere direttamente alla collettività. Secondo l'Autore, la società non approverebbe l'introduzione di un'assicurazione sociale per gli infortuni, in quanto « si reputa più giusto imputare tali costi all'attività alla quale gli infortuni sono direttamente connessi ».

³²⁸ Si legga Corte Cost., 19 dicembre 2006, n. 426, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1343, con note di L. LA PECCERELLA ed E. GAMBACCIANI, *La tutela infortunistica del danno biologico supera il vaglio di costituzionalità*, la quale, anzitutto, esclude una piena socializzazione del rischio nell'ambito antinfortunistico. Come *ivi* si afferma, la concreta definizione del parametro di adeguatezza offerto dall'art. 38 Cost. è un compito spettante alla discrezionalità del legislatore, al quale si rimette la « determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contenimento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie ».

³²⁹ D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 156.

perimetro di operatività dell'esonero – terreno su cui, in quest'ambito, il rapporto tra l'istituto assicurativo e la responsabilità civile finisce per misurarsi –, e ad una corrispondente dilatazione del regresso: questa operazione, nel complesso, sembra aver condotto ad una rivitalizzazione delle capacità della responsabilità civile – sovente denunciata per la sua ipertrofia³³⁰ – ad intervenire in un ambito, quello infortunistico, originariamente sottrattole.

³³⁰ Tra i molti, si legga G. PONZANELLI, *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in *Contr. impresa*, 2022, 7 ss., ove l'A. analizza le cause che hanno condotto al « progressivo allargamento del territorio della responsabilità civile » e i rischi che discendono da una simile tendenza, icasticamente definita di « imperialismo » (su cui, cfr. ID., *L'imperialismo della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2016, 221 ss.).

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ SANITARIA NEL PRISMA DELLA SICUREZZA SOCIALE:

RICOGNIZIONE DELLO STATO DELL'ARTE

SOMMARIO. 1. Le ragioni per un intervento in ambito sanitario (con una premessa) – 2. Le reazioni: la deflagrazione della medicina difensiva. La legge n. 189/2012 – 3. L'approvazione della riforma Bianco-Gelli: le scelte del legislatore – 3.1. I regimi di responsabilità – 3.2. Il danno risarcibile – 4. Un commento sugli esiti della positivizzazione: un sistema complesso di risposta al danno iatrogeno – 4.1. L'obbligo assicurativo in campo medico – 4.2. L'azione diretta – 4.3. Il fondo di garanzia – 4.4. (Anche) dal formante giurisprudenziale alcuni segnali di sicurezza sociale? La riscoperta dell'art. 2057 c.c. – 5. Una sintesi.

1. Le ragioni per un intervento in ambito sanitario (con una premessa)

Una (pur breve) ricognizione dello stato dell'arte della responsabilità in campo medico non può che prendere le mosse dall'analisi della recente riforma Bianco-Gelli³³¹, cui è possibile assegnare, sin d'ora, il merito di aver proceduto per prima, e a seguito dell'infruttuoso tentativo avanzato nel 2012³³², ad una normazione organica della materia³³³.

Proprio sulla citata novella devono concentrarsi le riflessioni del presente capitolo: una volta proceduto all'individuazione delle diverse cause (di natura giuridica e extragiuridica) che hanno collettivamente concorso all'inasprimento del regime di responsabilità gravante sulla classe medica e, in conseguenza di questo, al diffondersi delle pratiche di medicina difensiva cui il comparto sanitario ha ricorso (e ricorre tuttora) in risposta al vivace contenzioso giudiziario instaurato nei suoi confronti, l'analisi si sposterà sulle principali posizioni a tal riguardo inaugurate dalla legge del 2017.

³³¹ Si allude alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (rubricata, « Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie »), entrata in vigore il successivo 1° aprile 2017. Il faticoso percorso che ha condotto all'approvazione della predetta legge è stato commentato, tra gli altri, da G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 728 ss. e M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, 75 ss.

³³² Il riferimento è al d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (rubricato, « Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute »), che si commenterà *infra*, poi convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

³³³ Il tema della responsabilità medico-sanitaria è stato oggetto, nel tempo, di numerosi ripensamenti, tentativi di riforma ed interventi legislativi che tuttora si frappongono ad una sua lineare legittimazione. Non casuale, dunque, è il riferimento, talvolta operato da autorevole dottrina, alla figura del pendolo, sì da rappresentare efficacemente l'idea di un'oscillazione costante e periodica: cfr. C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 847 ss. Tale figura è altresì impiegata da E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 189 ss. (in part. 192 s.). Alla stessa idea di circolarità fa riferimento, infine, R. ROSSI, *Il paradosso del nesso di causalità materiale come elemento costitutivo della responsabilità contrattuale (medica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 863 ss. (in part. 864-866).

Senza voler troppo anticipare gli esiti del discorso, l'intervento di riforma sembra caratterizzarsi, a ben vedere, per una "trama complessa"³³⁴: la descritta complessità sembra potersi evincere sia dal ricorso a diversi piani di intervento – che investono prevenzione, responsabilità (assicurata) e risarcimento – sia nella combinazione di risposte che, in parte, sembrano sfuggire al perimetro della responsabilità civile per partecipare, piuttosto, a logiche di sicurezza sociale.

Soprattutto, a fronte degli ambiziosi obiettivi di cui si è fatto portatore il legislatore, si tratterà di saggiare la razionalità, la coerenza e, infine, l'efficacia (o, più prudentemente, l'attitudine risolutiva) dei precitati interventi, senza prescindere dal riferimento alla più recente giurisprudenza di legittimità, che è tuttora affidataria di una laboriosa (e non meno rilevante) attività interpretativa.

Al formante pretorio – e si tratta di un dato senz'altro invalso in letteratura³³⁵ – deve in effetti riconoscersi un vero e proprio primato (che, senza timore di smentite, si definisce "storico") nella definizione delle regole che compongono la disciplina della responsabilità sanitaria³³⁶: ruolo che, sovente segnalato – finanche denunciato – per le sue mire ipertrofiche (più nomopoietiche che interpretative), è apparso agli occhi di taluni commentatori poco compatibile con le funzioni che devono attribuirsi al plesso giudiziario³³⁷.

³³⁴ Così R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 261.

³³⁵ In questi termini, *ex plurimis*, G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno resp.*, 2016, 816 ss., nonché ID., *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 356 ss.

³³⁶ In accordo con la dottrina prevalente (tra i molti, cfr. M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, 20 ss.; L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, XVIII; R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Milano, 2017, *passim*; F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *Resp. med.*, 2018, 91 ss., in part. 94) deve ritenersi tale espressione sia più capace di esprimere e racchiudere l'attuale significato della responsabilità in ambito medico: posto che l'erogazione del servizio sanitario ha assunto una dimensione sempre più collettiva ed organizzata, è alla struttura *lato sensu* ospedaliera che deve guardarsi quale principale centro di imputazione della responsabilità e di gestione del rischio a questa relativo. In questo senso, M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno resp.*, 2009, 704, afferma che: « espressione [n.d.r. "responsabilità medico-sanitaria"], che va sostituendo quella di "responsabilità del medico" al fine di evidenziare che alla responsabilità del singolo professionista si affianca quella della struttura in cui il sanitario opera, sia essa una struttura pubblica o una casa di cura privata ».

³³⁷ A tal riguardo, M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med.*, 18 s., rileva che « [...] la responsabilità sanitaria [è] tornata ad essere interessata da una significativa nonché nuova incertezza sul piano qualificatorio che ha visto impegnato il formante giurisprudenziale in misura così accentuata da far dubitare che le corti abbiano assunto (fors'anche *contra legem*) un ruolo creativo del diritto [...] ». In proposito convergenti le considerazioni di F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno*

Tale supremazia si avverte specialmente durante il corso di una « seconda stagione »³³⁸ della responsabilità sanitaria, inaugurata a partire da una storica pronuncia resa, nel 1978, dalla Suprema Corte³³⁹ e destinata a tramontare solo in occasione del definitivo risveglio del legislatore, che coincide, come visto, con l'approvazione della riforma Bianco-Gelli.

In effetti, analizzando, per prime, le cause (di natura giuridica) che hanno condotto ad un generale inasprimento dello statuto (e del carico) della responsabilità sanitaria – “male minore” necessario (?) per contemperare meglio le ragioni dei soggetti danneggiati³⁴⁰ – e all'urgenza di una sistemazione legislativa, si comprende come la gran parte di queste trovi la propria origine nell'elaborazione di principi cui la giurisprudenza ha dato corso durante la predetta seconda fase.

Alla costruzione di un modello di responsabilità speciale (e, *lato sensu*, aggravato) per la classe medica riteniamo, quindi, possa aver contribuito l'azione combinata di una serie di fattori.

A tal riguardo, l'attenzione deve essere primariamente rivolta all'elaborazione (o, per meglio dire, al trapianto) della teoria del contatto sociale qualificato e alla sua applicazione al settore della responsabilità da atto medico³⁴¹.

alla persona, in *Danno resp.*, 2014, 461 ss. e di G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile*, cit., 221 ss.

³³⁸ La rassegna delle stagioni attraversate dalla responsabilità sanitaria va ricondotta a G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3 ss.

³³⁹ Si tratta di Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, 4, I, la quale ha inaugurato la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione.

³⁴⁰ Il rischio di una simile impostazione era ben noto a S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 501 ss., il quale rileva che « [...] con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accetta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi or ora denunziati di scivolamento verso la medicina difensiva ».

³⁴¹ La letteratura sul punto è assai vasta e difficilmente condensabile. Prima di giungere al vaglio delle Corti, la cennata impostazione ha origine nell'ordinamento giuridico tedesco e trova la sua elaborazione più sapiente nella dottrina italiana con gli studi di Castronovo. Si legga, a tal riguardo, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 147 ss. e 191 ss.; nonché ID., *Responsabilità civile*, cit., 521 ss. Dopo aver rilevato l'esistenza di fattispecie di incerta collocazione, in quanto collocate in « un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale » (*ivi*, 148), l'A. concentra il fuoco dell'analisi sulla « ipotizzabilità di obblighi di protezione *ab origine* avulsi da un obbligo di prestazione e ciononostante in grado di dar vita, in caso di danno, a responsabilità contrattuale come conseguenza tipica della violazione di obblighi » (*ivi*, 152).

Con particolare riguardo al danno cagionato dall'atto del medico, Castronovo evidenzia due aspetti problematici rispetto al titolo extracontrattuale della relativa responsabilità. Anzitutto, una scissura tra « idea materiale » e « forma giuridica » (*ivi*, 194), in quanto il professionista, presentandosi al paziente come « apprestatore di cure nell'ambito di un intervento in cui al primo è stato affidato il secondo, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito, [...] un passante » (*ivi*, 193-194). Come l'A. riferisce in uno scritto recente (ID., *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 854 s.), « [...] il paziente non gli finisce tra le mani per

Prima di allora, stante l'assenza di un vincolo negoziale diretto a legare la sfera giuridica del medico c.d. dipendente a quella del paziente, nell'alternativa tra irresponsabilità del primo (salvo regresso esercitato dalla struttura) e ascrizione della sua responsabilità al regime aquiliano³⁴², il formante pretorio si era tradizionalmente orientato su quest'ultima³⁴³.

caso: il contatto sociale che scocca tra i due non è frutto di una necessità cosmica, bensì di un preciso esito di programmazione sociale che porta necessariamente all'incontro tra medico e paziente ».

In seconda battuta, si rileva che « la pur confermata assenza di un obbligo di prestazione in capo al sanitario non è in grado di neutralizzare e cancellare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo, professionalità che si traduce in *obblighi di conservazione* [corsivi nostri] della sfera giuridica altrui che a tale professionalità si trovino *affidati* [corsivi nostri], pur quando essa si espliciti come prestazione nei confronti degli altri (l'ente [...]) » (ivi, 195). In altri termini, a trovare piena adesione è l'idea di un affidamento e, infatti, « l'attività professionale implica l'adempimento di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che nascono dall'affidamento inevitabilmente generato dalla stessa professionalità e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto proprio perché si interpongono tra la condotta e il danno » (ivi, 196).

Tale teoria non ha certo trovato accoglimento unanime in dottrina. Senza pretese di esaustività si legga, *contra*, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 78 ss. e 96 ss., nonché ID., *La natura della responsabilità per colpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344 ss., il quale rileva che « L'utilizzo di questa figura [...] si è diffuso in questi ultimi anni a macchia d'olio, investendo i settori più disparati, pur nell'assenza [...] di una convincente base di appoggio, soprattutto in forza del «fascino» esercitato dalla dottrina d'oltralpe [...] ». Critiche, a tal riguardo, anche le osservazioni di S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 509 ss., il quale, rifiutata l'idea di una responsabilità extracontrattuale (in quanto ritenuta poco rispondente alla realtà fenomenologica e assai gravosa per il paziente) non giudica risolutiva la soluzione del contatto sociale, ritenuto un « *escamotage raffinato* »; di G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 732 s., secondo il quale la teorica del contatto sociale integrerebbe una « finzione giuridica » e segnala – correttamente – che « La teoria del contatto sociale è stata impiegata in modo curioso, perché è nata in Germania per tutelare il lavoratore parte di un rapporto di fatto, poi è stata impiegata in altri settori, e si è recepita in Italia configurandola ora come fonte di una obbligazione senza prestazione, ora come fonte di obblighi di protezione, forse non considerando che molte fattispecie che nel diritto italiano sono collocate nell'ambito della responsabilità civile, in Germania, ove il sistema della responsabilità civile è meno flessibile del nostro, ma è tipizzato e rigido, sono meglio qualificate e quindi “rendono di più” se collocate in ambito contrattuale »; di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1840 ss., secondo la quale l'accoglimento della descritta teorica avrebbe dato corso ad una « pancontrattualizzazione forzata »; di F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, cit., 95 s., il quale segnala che « Il nuovo principio giurisprudenziale, pur manifestando fin dall'origine “la fragilità del suo impianto teorico” (e il superficiale provincialismo di un generico richiamo a una “espressione – contatto sociale – risalente agli scrittori tedeschi”», non tardò ad attecchire, soprattutto in virtù di un *ratio* di facilitazione sul piano probatorio della parte – il paziente – considerata “debole” [...] »; di A.D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, 539 ss. Alcune riflessioni critiche, sebbene di più ampio respiro, anche in V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297 ss.

³⁴² M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, cit., 705.

³⁴³ Fino alla storica pronuncia del 1999 (cfr. nota successiva), proprio sulla scorta dell'assenza di un contratto come fonte dell'obbligo alla prestazione sanitaria, la giurisprudenza affermava la natura extracontrattuale della responsabilità del medico c.d. dipendente. Per tutte, si legga (le più recenti) Cass. 20 novembre 1998, n. 11743, in *Mass. giur. it.* e Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in *Mass. giur. it.*, la quale chiarisce che « La responsabilità dei medici, mediante l'opera dei quali l'ospedale rende al paziente il servizio richiestogli, in considerazione dell'assenza di un rapporto tra medico e paziente, è da considerare una responsabilità extracontrattuale ».

A partire dalla svolta giurisprudenziale del 1999³⁴⁴ (che recepisce la soluzione formulata qualche anno addietro da Carlo Castronovo³⁴⁵) e fino all'approvazione della riforma del 2017³⁴⁶, invece, ha costituito principio consolidato in giurisprudenza la ricostruzione di tale rapporto attraverso il ricorso alla responsabilità da contatto sociale, che conduceva all'applicazione del (diverso) regime di cui all'art. 1218 c.c.³⁴⁷.

In rapida sintesi: la storica sentenza n. 589 giudicava non persuasiva la tesi che radica la responsabilità professionale del medico nell'area della responsabilità aquiliana e riteneva inefficace il richiamo all'art. 28 Cost. per affermarne la natura contrattuale, così come l'impostazione del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. Per un altro, ricondotto il « rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale »³⁴⁸ entro il novero delle fonti delle obbligazioni, quale esempio di « altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico » (art. 1173 c.c.), la Corte muoveva dall'assunto che l'identificazione del medico alla stregua di un *quisque de populo* avrebbe urtato « contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà », in quanto avrebbe finito per ridurre « al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con

³⁴⁴ Il definitivo accoglimento della teoria del contatto sociale, il quale ha trovato in Carlo Castronovo il suo più acuto teorizzatore, è sancito da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3331 ss., con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Contratti*, 1999, 999 ss., con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Danno resp.*, 1999, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

Come si legge in C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 848, la giurisprudenza provvedeva così a rendere coerente l'applicazione dell'art. 2236 c.c. (norma che si riferisce al contratto d'opera intellettuale e dunque presuppone l'esistenza di un'obbligazione) alla responsabilità ex art. 1218 c.c. del medico strutturato.

Si legga, sul punto, anche l'analisi svolta da N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, 99 ss. e da L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.

³⁴⁵ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., par. 6.1. e 6.2.

³⁴⁶ Che ha sancito, come si vedrà, il « rigetto "locale" » dell'impostazione del contatto sociale qualificato (cfr. sul punto R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264 s.). Nonostante l'applicazione del regime aquiliano alla responsabilità del medico, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 853 s. (nt. 17) afferma la perdurante vitalità del contatto sociale « negli altri ambiti nei quali ha trovato applicazione ». Il risveglio in realtà avviene nel 2012 ma con esiti impalpabili, come si riferirà *infra*.

³⁴⁷ Ovverosia – e senza cadere nel ricorso alla nota sineddoche della responsabilità contrattuale (l'impiego della figura retorica in commento va senz'altro attribuito a L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 300) – di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione.

³⁴⁸ Equiparazione, in realtà, criticabile: trattasi, infatti, di figure dogmaticamente distinte. Cfr. I. SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. impresa*, 2005, 97 ss.

il danno, ma si struttura prima come «rapporto», in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele »³⁴⁹. *Sine pactis* ma solo in conseguenza di tale contatto – *qualificato* dalla professionalità (o, per meglio dire, *status*) rivestita dal medico e tale da ingenerare un affidamento, nei confronti del paziente, a fronte di interessi costituzionalmente protetti (art. 32 Cost.) – il primo veniva chiamato all’adempimento di doveri di conservazione dell’altrui sfera giuridica³⁵⁰.

Logico corollario della svolta “contrattuale”³⁵¹ è, per un verso, la produzione dei « suoi effetti sui veri nodi della responsabilità del medico e cioè del grado della colpa e la ripartizione dell’onere probatorio »³⁵² e, per un altro, un’uniformazione tra il regime della responsabilità dell’ente (contrattuale, in quanto fondata su di un contratto di ospedalità, su cui *infra*) e quella del medico strutturato³⁵³ nei confronti della controparte danneggiata.

In realtà, pur pervenendo a questo medesimo risultato – il passaggio dal torto al contratto –, non sembra che, nell’elaborazione fattane in dottrina e giurisprudenza, il contatto sociale qualificato sia stato oggetto di intendimenti concordanti, specie con riguardo alla descrizione del contenuto dell’obbligazione ivi nascente.

Principiando dall’analisi dottrinale, si comprende come siano state seguite traiettorie assai variegata al fine di argomentare l’approdo alla natura contrattuale della responsabilità in esame: tra le altre, all’elaborazione della « obbligazione senza prestazione »³⁵⁴, si contrappone la figura del contratto « con effetti protettivi del terzo »³⁵⁵ nonché la posizione di quanti rintracciano

³⁴⁹ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., par. 4.2. Peraltro, a mente dei Giudici di legittimità, il ricorso al titolo aquiliano confinerebbe la responsabilità ai soli casi di risultato negativo (laddove, dunque, il paziente finisca per trovarsi, dopo il contatto con il medico, in una posizione peggiore rispetto a quella precedente), essendo invece preclusa tale configurabilità per il mancato raggiungimento di un risultato positivo o migliorativo (*ibidem*).

³⁵⁰ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., par. 6.3., afferma, in definitiva, che la « assenza di un contratto [...] non è in grado di neutralizzare la professionalità [...] che qualifica *ab origine* l’opera [del medico], e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in “contatto” con lui ».

³⁵¹ Veniva così superato il riferimento al c.d. cumulo improprio, su cui cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 1999, 781 ss.

³⁵² Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., par. 7.1.

³⁵³ R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 149.

³⁵⁴ Il riferimento, com’è chiaro, è all’opera di C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 147 ss.

³⁵⁵ Per un approfondimento, si legga A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1115 ss. (in part. 1118 s.), il quale rileva l’inidoneità di tale fattispecie a spiegare il fondamento contrattuale della responsabilità del medico dipendente. Al contrario, F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, cit., 3336, ritiene tale riferimento « plausibile » e « preferibile ».

nella (più generica) legge la fonte diretta del rapporto obbligatorio³⁵⁶ e chi, ancora, preferisce discorrere di una « prestazione senza obbligazione »³⁵⁷.

Pur conservando l'approdo alla "contrattualizzazione" del rapporto terapeutico, poi impostosi nei repertori sino a divenire tratteggio³⁵⁸, la giurisprudenza ha restituito al c.d. contatto sociale un ventaglio di argomentazioni talvolta ciecamente adesivo³⁵⁹, talaltra assai variegato e non sempre coincidente con l'impostazione originariamente adottata³⁶⁰.

³⁵⁶ Lo sottolinea M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 328 ss., il quale, ritenuto inadeguato il riferimento al "contratto di fatto", argomenta così la propria posizione: « l'assunzione in cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione del paziente a un certo medico o una certa *equipe* medico-sanitaria sono i *fatti* che costituiscono, per legge, [...] il *rapporto di cura* e che si attegge, nel contenuto, come adempimento di (alcune delle) obbligazioni nascenti da un tipico contratto d'opera professionale » (*ivi*, 337), con la precisazione che « il rapporto che si instaura *ex lege* [...] ha natura schiettamente *contrattuale* » (*ibidem*).

³⁵⁷ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 451, il quale rileva, conclusivamente, che « "In principio", si può dire, v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione. Può sembrare singolare ma l'esistenza di prestazioni senza obbligazione segna un ulteriore modo di essere della obbligazione che adegua il proprio contenuto alle regole "oggettive" della prestazione professionale e ciò anche in assenza di contratto. Lo *status* dunque di professionista non è solo fonte, in tal caso, di obblighi specifici di protezione ma fornisce il supporto all'esecuzione di prestazioni, pur non assunte in adempimento di contratti ».

³⁵⁸ A testimonianza del successo di cui ha goduto la figura del contatto sociale qualificato – poi applicato in giurisprudenza ad ambiti diversi dalla responsabilità medica: si pensi, tra i molti, alla responsabilità dell'insegnante per il danno autoinferto dall'allievo (Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Danno resp.*, 2003, con nota di A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante* e, più di recente, Cass. 12 ottobre 2015, n. 20475, in *Danno resp.*, 2016, 271 ss., con nota di F. PIAIA, *La responsabilità per condotta autolesiva dell'allievo: tra risarcimento del danno e onere della prova*; sul punto, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.) – può richiamarsi Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 1504 ss., con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, ove i giudici definiscono come "contrattuale" la responsabilità precontrattuale. Non solo. La Suprema Corte, infatti, discorrendo della « diffusività ormai assunta dalla teorica della responsabilità da "contatto sociale qualificato" », ritengono che tale impiego sia frutto della « evoluzione nel modo di intendere la responsabilità civile che dottrina e giurisprudenza hanno operato, nella prospettiva di assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poichè involgenti i loro beni ed interessi - sempre più numerose e diffuse nell'evolversi della società, dei bisogni e delle esigenze dei cittadini -, una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* ».

³⁵⁹ Si legga, a tal riguardo, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, cit., 96 s.

³⁶⁰ A titolo esemplificativo, v. Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, 965 ss., con nota di A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, ove la Suprema Corte afferma che « non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una *prestazione* [corsivo nostro] che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi ».

Ora, al di là dell'eterogeneità di ricostruzioni e dell'effettivo contenuto da assegnare all'obbligazione del sanitario, l'attenzione deve soffermarsi sugli obiettivi (deliberatamente o meno) perseguiti dalla giurisprudenza con l'affermazione della natura contrattuale della responsabilità dell'esercente: da un lato, l'applicazione di un regime probatorio più favorevole per il paziente, laddove questi rivesta il ruolo di creditore-danneggiato, come si vedrà *infra* e, dall'altro, un regime della prescrizione anch'esso più vantaggioso (il diritto al risarcimento del danno si prescriverà, così, nel più ampio termine ordinario decennale, in luogo del periodo quinquennale fissato dall'art. 2947 c.c. per gli illeciti extracontrattuali).

Altro fattore che ha contribuito alla formazione di uno statuto speciale per la responsabilità del medico può rintracciarsi nel superamento – avvenuto almeno nei suoi risvolti operativi – della distinzione tra « obbligazioni di mezzi » e « obbligazioni di risultato »³⁶¹, la quale affonda le sue radici nell'ordinamento francese. Senza l'ambizione di ripercorrere un dibattito fin troppo noto³⁶², può rilevarsi come la prestazione di *facere* professionale svolta, tra gli altri, dal medico sia stata per molto tempo ricondotta entro il novero delle cc.dd. obbligazioni di mezzi: sull'assunto che il professionista intellettuale non può esercitare un pieno potere in ordine al risultato atteso dal cliente (ad esempio: la guarigione, per il medico; il buon esito di un contenzioso, per l'avvocato), poiché aleatorio, in quanto dipendente anche da fattori estranei alla sua (pur diligente) condotta, il debitore veniva chiamato ad una corretta esecuzione dell'attività dovuta, impegnandosi solo in via indiretta, però, al raggiungimento di tale risultato³⁶³.

³⁶¹ Non può che farsi riferimento all'insegnamento dell'illustre L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss. ed in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 141 ss. Lo scritto dell'Autore, pur volto a commentare in chiave critica la ricordata distinzione, gli restituì maggiore centralità nel dibattito della dottrina e della giurisprudenza italiana.

³⁶² Per una ricostruzione, si leggano gli scritti di C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1 ss., nonché, più di recente (ma in un diverso ambito), ID., *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2022, 715 ss. e di F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, 888 ss. ed ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento controvertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 83 ss.; di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33 ss. Cfr. sul punto N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., 77 ss., nonché G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di “mezzi” e di “risultato”*, Napoli, 1999, 157 ss.

³⁶³ Come efficacemente rileva F. GAMBINO, *La nuova responsabilità del medico. Il ‘ritorno’ all'art. 2043 c.c.?*, in (a cura di) M. CINGOLANI – F. GAMBINO, *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, 2019, « [...] il risultato migliorativo per il paziente [...] tendeva a restare sullo sfondo, risolvendosi quasi in un elemento esterno all'obbligazione del medico ».

Da tale distinzione, non certo priva di valenza pratica, la giurisprudenza faceva discendere una deroga al regime di cui all'art. 1218 c.c. in chiave di alleggerimento della posizione processuale del debitore professionista³⁶⁴: spettava, infatti, al creditore-danneggiato fornire la prova, oltrechè del danno e del nesso di causalità, dell'inadempimento, essendo a tal riguardo irrilevante il mancato raggiungimento del risultato dal primo avuto di mira; restava a carico del professionista, invece, provare di aver tenuto un comportamento diligente, ma non l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Dopo una prima stagione di imperante successo³⁶⁵, la classificazione in esame ha conosciuto un abbandono progressivo³⁶⁶, cui ha fatto seguito, nel 2008³⁶⁷, un provvisorio allontanamento³⁶⁸

³⁶⁴ F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1319 ss.

³⁶⁵ Si legga, tra le molte, Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno resp.*, 1997, 178 ss., con nota di V. CARBONE, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*.

³⁶⁶ Cfr. Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797 ss.

In termini critici, si legga anche Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit., ove si evidenzia che « Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatiziamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento. [...] Si è al riguardo puntualmente e condivisibilmente posto in rilievo in dottrina, da un canto, che anche nelle cd. obbligazioni di mezzi lo sforzo diligente del debitore è in ogni caso rivolto al perseguimento del risultato dovuto; e, da altro canto, che la tesi secondo cui le obbligazioni di risultato sono assoggettate alla regola della responsabilità oggettiva è priva di riscontro normativo nonché sfornita di argomenti sostanziali, valendo in contrario osservare che nelle ipotesi tipicamente indicate come obbligazioni di risultato (es., l'obbligazione del depositario) non è comunque garantito il risultato, giacché l'impegno del debitore è pur sempre obbligatorio, e non si sostanzia invero in un'assicurazione ».

³⁶⁷ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico* (ivi, 871), di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria* (ivi, 1002), nonché in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato* ed in *Resp. civ.*, 2008, 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*.

³⁶⁸ Allontanamento che, tuttavia, non sembra si sia tradotto in una sua irredimibile espunzione, tuttora vitale almeno da un punto di vista teorico. Come rileva L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, cit., 166, tale distinzione comunque avrebbe "un momento di verità", che pur non modifica le conclusioni dell'Autore: infatti, « Si deve riconoscere che la legge, con riguardo a certe prestazioni, riassume sotto il profilo della diligenza non solo il criterio di controllo del contegno del debitore di fronte a un evento che ha reso impossibile l'adempimento, ma anche il criterio per determinare concretamente l'oggetto dell'obbligazione ». Cfr. il lavoro di N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., 77 ss. La bontà descrittiva della summenzionata teorica è evidenziata anche da M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 82, il quale rileva che « ogni obbligazione si caratterizza – tra le altre cose – per il diverso grado di controllo che il debitore esercita sulla prestazione dovuta e, conseguentemente, per la differente possibilità dell'obbligato di garantire alla controparte il raggiungimento di un determinato esito utile quale conseguenza normale e ordinaria del corretto svolgimento della propria attività ». Prendendo a prestito tale principio, se, dunque, l'obbligazione di risultato dipende solo in minima parte da fattori che fuoriescono dalla sfera di controllo del debitore, nelle obbligazioni di mezzi, invece, « l'operato

(più che un definitivo « commiato »³⁶⁹), tornando, infine, come si vedrà più avanti, con la nota sentenza del 2019 sull'onere della prova, resa nell'ambito del c.d. "progetto sanità".

La principale censura atteneva proprio alla considerazione che – per ricorrere alle parole proprio della Cassazione – « [t]ale impostazione non [fosse] immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni », posto che « in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile »³⁷⁰.

In campo medico, peraltro, il risultato della prestazione sanitaria non dovrebbe farsi coincidere con l'avvenuta guarigione, in quanto consistente nella realizzazione di un complesso di cure idonee a guarire il paziente: in breve, la « buona cura ».

In definitiva, una volta assunto che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato « se può avere una funzione descrittiva », risulta « dogmaticamente superata », sul profilo dell'onere della prova dovevano trovare applicazione i criteri già fissati dalle Sezioni

del debitore interagisce con una serie di circostanze esterne, sulle quali egli non può esercitare alcuna influenza, che rivestono un ruolo significativo nel processo [...] »: qui si riconduce tradizionalmente la prestazione sanitaria, in quanto « le ineliminabili imperfezioni della scienza medica e l'imprevedibilità delle reazioni dell'organismo umano sottraggono senz'altro all'integrale controllo del medico la guarigione del paziente [...] ». Questa conclusione sembra dall'A. confermata dal dettato dell'art. 5 della legge Bianco-Gelli, nella parte in cui pone l'accento sul contenuto dell'attività sanitaria, piuttosto che sui suoi esiti.

³⁶⁹ A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 804 ss.

³⁷⁰ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., par. 5.2.

Unite³⁷¹ a proposito della (generica) responsabilità da inadempimento³⁷²: al danneggiato viene così assegnato l'onere di provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale), oltre all'aggravamento della situazione patologica (ovvero l'insorgenza di nuove patologie) a seguito e per effetto dell'intervento medico, allegando, infine, un inadempimento « qualificato »³⁷³; per contro, grava sul professionista la prova dell'esatto adempimento (o della sua causa impeditiva) o che, pur sussistendo un inadempimento, questo non avesse rilevanza eziologica³⁷⁴: in altri termini, proprio su quest'ultimo insisterà il rischio dell'incertezza della causa ignota.

Infine, tutt'altro che agevole sembra l'individuazione, per la distinzione tra obbligazioni di mera diligenza e di risultato, di un fondamento sul piano del diritto positivo³⁷⁵, come invece

³⁷¹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr. impresa*, 2002, 903 ss., con nota di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*.

In breve: in materia di responsabilità contrattuale, superando ogni distinzione fondata sul *petitum*, le Sezioni Unite hanno fissato un'unica regola probatoria per il mancato e l'inesatto adempimento valevole per la domanda di adempimento, risoluzione o risarcimento: « il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento ».

Il descritto criterio, in realtà, veniva già recepito in ambito sanitario da Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, tutte in *Danno resp.*, 2005, 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, ove si rileva che « dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché tra la struttura sanitaria) e paziente ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c. compete non già al paziente allegarne e provarne la sussistenza, ma al medico (ed alla struttura sanitaria) dimostrarne la mancanza. Il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso «ordinario» di cui all'art. 1176 c.c.) ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) deve essere invece allegata e provata dall'obbligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata, e dunque dal medico ».

³⁷² Ne stigmatizza l'equiparazione alla responsabilità da atto medico, tra gli altri, A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 878 s.

³⁷³ In questo senso, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., par. 6.1. afferma che « l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè *astrattamente efficiente alla produzione del danno* [corsivi nostri]. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno ».

³⁷⁴ Con riguardo alla ripartizione probatoria del nesso causale (cfr. nota successiva), invece, le Sezioni Unite non condividevano la ricostruzione operata nel 2004 dalle Sezioni semplici poiché, nel richiedere al paziente danneggiato « la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso », finiva per risentire, pur implicitamente, della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Tale soluzione non è stata poi condivisa dalla giurisprudenza successiva che ha attribuito al paziente danneggiato l'onere di provare il nesso tra la condotta e il danno.

³⁷⁵ Vedi C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., (in part.) 897.

sembra aver – sia pur implicitamente – concluso di recente la Terza Sezione, nell’ambito del c.d. “progetto sanità”, in tema di prova del nesso di causalità³⁷⁶.

Ancora. La posizione del debitore-danneggiante – già indebolita dall’ingresso, in giurisprudenza, della figura della c.d. perdita di *chance*³⁷⁷, a prescindere che la s’intenda quale

³⁷⁶ Tra le dieci sentenze che costituiscono il c.d. progetto sanità (anche definito “Decalogo” ovvero “San Martino bis”), deve soffermarsi l’attenzione su Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss., con nota critica di N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*; in *Danno resp.*, 2020, 75 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*; in *Corr. giur.*, 2020, 304 ss., con nota (parzialmente adesiva) di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*.

Pronunciandosi sul corretto riparto dell’onere della prova del nesso di causalità nell’ambito delle obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, la Suprema Corte ha dapprima ribadito come, nella responsabilità contrattuale (in genere), valga la regola dell’assorbimento pratico del nesso di causalità materiale nell’inadempimento (della prestazione di dare o *facere* generico), sì che « tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica [...]. Non c’è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità *materiale* [corsi nostri] perchè allegare l’inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento ». D’altro canto, dopo aver evocato la distinzione tra interesse corrispondente alla prestazione (cioè lo svolgimento dell’attività medica nel rispetto delle *leges artis*) e interesse (presupposto) primario del creditore (ossia il diritto alla salute), valevole per il « diverso territorio del *facere* professionale », ha affermato che, se il primo è strumentale al secondo, allora « causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale (e non solo su quello strutturale) perchè il danno evento consta non della lesione dell’interesse alla cui soddisfazione è preposta l’obbligazione, ma della lesione dell’interesse presupposto a quello contrattualmente regolato » e conclude « La distinzione fra interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione, ed interesse primario emerge nel campo delle obbligazioni di diligenza professionale. La prestazione oggetto dell’obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell’interesse del creditore ». Da ciò discende, in definitiva, che al paziente-creditore si richiede di provare, pure ricorrendo a meccanismi presuntivi, il nesso causale corrente fra l’aggravamento della situazione patologica (ovvero l’insorgenza di nuove patologie) e la condotta del medico, competendo a quest’ultimo, invece, provare o l’adempimento o che l’inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile: viene così formulato un doppio ciclo causale. In questo modo, come si dirà, il regime probatorio viene avvicinato a quello della responsabilità extracontrattuale.

Superando il precedente orientamento (ci si riferisce a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., la quale aveva eliminato il nesso eziologico tra i fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno), la pronuncia in esame si colloca nel solco del principio già enunciato (dallo stesso illustre Estensore, il dott. Scoditti) in occasione di Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*.

Più di recente, si legga la conforme Cass. 31 agosto 2020, n. 18102, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 862 ss., con nota di R. ROSSI, *Il paradosso del nesso di causalità materiale come elemento costitutivo della responsabilità contrattuale (medica)*.

³⁷⁷ Per un inquadramento (specialmente relativo all’ambito *de quo*) è possibile rinviare agli scritti di N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., 148 ss. e *passim*, ove, a commento di Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., l’A. rileva che « nel momento in cui la giurisprudenza si muove in una prospettiva di pura politica del diritto, dovrebbe quantomeno accompagnare la scelta a una esplicita valutazione dei suoi costi sociali, proprio come si fa quando si avvia una politica pubblica. Ne risulterebbe, comunque, un’alterazione degli equilibri istituzionali, ma se non altro si potrebbe appurare se le conseguenze – in termini di estensione del danno risarcibile e, quindi, di ingrossamento dei risarcimenti – derivanti dall’adozione di un certo orientamento, siano state attentamente ponderate. In sintesi, quella che poteva essere una matura presa di consapevolezza dell’autonomia e della diversità del modello

(più agevole) criterio di accertamento causale, ovvero in chiave di autonomo bene giuridico in grado di ampliare le pretese risarcitorie passibili di ricorso da parte del danneggiato o secondo una terza via³⁷⁸, configurandosi, dunque, quale « danno proporzionale, ossia in relazione alla percentuale di *chance*, che risulta, tuttavia, pressochè garantito »³⁷⁹ – ha conosciuto un’ulteriore dilatazione del suo perimetro di responsabilità per via dell’interpretazione (sensibilmente restrittiva)³⁸⁰ che la giurisprudenza ha restituito dell’art. 2236 c.c.³⁸¹, oggetto di una vera e propria opera di « sterilizzazione »³⁸².

civilistico di causalità giuridica, si è ridotta a una giustificazione della parziale vaporizzazione del nesso di causalità nel giudizio civile, collocando, quindi, la tesi della diversità morfologica della causalità, nelle due fattispecie di responsabilità, in una prospettiva sbagliata » (ivi, 256); D.M. FRENDI, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1325 ss.; L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 156 ss., nonché, più di recente, ID., *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale: ovvero come ripartire i rischi in sanità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1209 ss., ove si legge che « la prassi applicativa della perdita di *chance* [...] ha condotto a un’estensione dell’area della risarcibilità [...] ». Più in genere, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., 178 ss.

In giurisprudenza, si legga, tra le prime, Cass. 4 aprile 2004, n. 4400, in *Corr. giur.*, 2004, 1018 ss., con nota di M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*; in *Resp. civ. prev.*, 2004, 461 ss., con nota di S. LANDINI, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, e in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 798 ss., con nota di G. NORELLI, *La "perdita di chance" di guarigione come danno conseguente alla condotta medica omissiva*, ove si estende l’istituto della perdita di *chance* alla responsabilità sanitaria.

³⁷⁸ Si legga, da ultimo, Cass. 11 novembre 2019, n. 28993 (secondo cui « la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste nella privazione di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (maggiore durata della vita o sopportazione di minori sofferenze), conseguente (secondo gli ordinari criteri di derivazione causale) alla condotta colposa del medico e integra evento di danno risarcibile (da liquidarsi equitativamente) soltanto ove la perdita possibilità sia apprezzabile, seria e consistente ») e 17 ottobre 2019, n. 26303, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, 98 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l’insostenibile incertezza della chance perduta* ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 305 ss., con nota di D.M. FRENDI, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*. La Suprema Corte prendeva le distanze dalla distinzione tra *chance* ontologica e *chance* eziologica nella misura in cui, qualificata come possibilità perduta, imponeva che in via preliminare si indagasse la relazione causale tra la condotta e l’evento. Cfr. P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, cit., 160 s.

³⁷⁹ In questo senso, F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017*, n. 24, cit., 1323 s. (in part. 1324). Dunque, « La probabilità, da criterio utile per accertare il nesso di causalità, diviene voce per se stessa risarcibile [...] ».

³⁸⁰ Concorde, in senso critico, M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 113 ss.

³⁸¹ Per un approfondimento, si legga G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale. Artt. 2229-2238*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, 461 (in part. 493 ss.) e M. FRANZONI, *L’illecito. I*, cit., 222 ss.

³⁸² In questo senso convergente l’analisi di C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 410 ss. il quale cita la disciplina dell’art. 2236 c.c. quale esempio di « orientamenti particolarmente severi nei confronti di quest’ultimo [il professionista sanitario, n.d.a.] ». Sempre in termini critici, M. FOGLIA, *Il prisma della prestazione medica e l’“azzeramento” dell’art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 372 ss. il quale discorre, a tal riguardo, di azzeramento della norma.

Come noto, la norma, collocata in seno alla disciplina del contratto d'opera intellettuale³⁸³, è espressiva di un favore che il legislatore del 1942 ha accordato al libero professionista, cui garantisce un'area di immunità, prevedendo che, in caso di prestazione implicante la soluzione di « problemi tecnici di speciale difficoltà », la responsabilità è limitata ai soli casi di dolo o di colpa grave; l'esecutore, per converso, non è responsabile allorquando la condotta sia connotata da colpa lieve o lievissima (normalmente rilevante *ex art.* 1176 c.c.).

In questo senso, allora, la norma parrebbe una declinazione concreta della più flessibile regola espressa all'art. 1176, secondo comma, c.c.³⁸⁴: se, con riguardo alla diligenza del generico professionista, essa impone di tenere conto della « natura dell'attività esercitata », lo specifico standard richiesto per l'operatore (professionale) sanitario, da articolare secondo tipo e grado di specializzazione di questi, si è contraddistinto per un rigore ancora più intenso³⁸⁵.

Per la giurisprudenza, si legga Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, cit.: « Così, superate le iniziali tendenze interpretative volte ad assicurare un'area di sostanziale immunità ai liberi professionisti, di cui si è avvertita ancora eco in pronunce neanche troppo risalenti [...], l'art. 2236 c.c. è divenuto una sorta di cartina di tornasole del cambiamento (“rivoluzionario”, secondo non poca parte della dottrina italiana) della linea di pensiero, prima ancora che dell'ermeneutica normativa, sviluppatasi sul tema della responsabilità del sanitario ».

³⁸³ L'applicabilità della norma all'esercente la professione sanitaria secondo il regime di responsabilità extracontrattuale è stato oggetto di controversia. Secondo M. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da Covid-19*, in *Resp. med.*, 2/2020, il combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, c.c. e 2236 c.c. designerebbe un « modello di comportamento che, essendo ricollegato all'appartenenza a un determinato status professionale, non è destinato a cambiare in ragione del fatto che egli svolga o meno il proprio operato in virtù della stipulazione di un contratto d'opera intellettuale con il paziente ». In questo senso, anche G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020, 9 e, in termini più generali, ne ammette l'applicazione alla responsabilità aquiliana, C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., 556 s., G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., 510 ss.

Per una riflessione intorno all'art. 2236 c.c., cfr. L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, cit., 168 s. R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 349 s., opera, sul punto, una distinzione: laddove, infatti, s'intendesse l'art. 2236 c.c. come criterio di valutazione dell'operato professionale, allora la norma risulterebbe applicabile in via analogica, in quanto espressiva della tendenza di giurisprudenza e legislatore ad uniformare lo standard di valutazione dell'agire professionale in ambito contrattuale ed extracontrattuale; viceversa, laddove all'art. 2236 c.c. si assegnasse la diversa funzione di criterio di imputazione del fatto impeditivo, la norma non potrebbe trovare applicazione al di fuori del perimetro ad essa assegnato dal legislatore. *Contra* C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 848, secondo cui, con la citata sentenza n. 589/1999 (e la conseguente adesione alla teorica del contatto sociale qualificato), la giurisprudenza provvedeva così a rendere coerente l'applicazione dell'art. 2236 c.c. (norma che si riferisce al contratto d'opera intellettuale e dunque presuppone l'esistenza di un'obbligazione) alla responsabilità *ex art.* 1218 c.c. del medico strutturato.

³⁸⁴ In effetti, come rileva R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 339, all'art. 2236 c.c. (nel settore della responsabilità medica) può assegnarsi un duplice ordine di significati: per un verso, quello sopra cennato, cioè di « parametro fondato sull'osservanza delle regole dell'*ars* in stretta correlazione tra specificità della competenza professionale acquisita e difficoltà del caso »; per un altro, s'intende conferire alla colpa grave il rilievo di criterio di imputabilità, quale causa di esclusione della responsabilità.

³⁸⁵ Una conferma in questo senso proviene da P. TRIMARCHI, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.*, 2014, 5 ss. e da M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 227 s., il quale riferisce che, visto

Nonostante la *ratio* per tradizione ricondotta alla norma *de qua* – segnatamente, contemperare almeno « due opposte esigenze, quella di non mortificare l’iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista »³⁸⁶ – il costante orientamento della giurisprudenza suole offrirne una lettura assai marginalista, che si dipana in varie direzioni.

In effetti – oltre a far gravare sul professionista la prova circa la sussistenza di problemi tecnici di particolare complessità³⁸⁷, locuzione a sua volta interpretata restrittivamente (sì da renderla in buona sostanza applicabile a circostanze eccezionali)³⁸⁸ –, l’applicazione del beneficio di cui

l’obbligo crescente di aggiornamento in capo al medico, « lo *standard* valutativo del comportamento del professionista è in costante innalzamento, con la conseguenza che di errori rispetto ai quali in passato questi rispondeva solo per dolo o colpa grave oggi egli risponde secondo le regole comuni ».

Peraltro, sempre nel senso di una spiccata severità verso l’operatore medico, C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 415, rileva come anche lo standard dell’art. 1176, secondo comma, c.c. fosse valutato con un rigore (che « [...] non sempre è dato rinvenire nei confronti di altre categorie professionali ») tale da « ampliare sensibilmente l’area della relativa responsabilità ».

In questo senso, basti la lettura di Cass. 30 novembre 2018, n. 30999, in Banca dati *OneLegale*, ben esemplificativa del livello di diligenza richiesto all’esercente la professione sanitaria: « Il “professionista”, infatti, è in colpa non solo quando tenga una condotta difforme da quella che, idealmente, avrebbe tenuto nelle medesime circostanze il *bonus paterfamilias*; ma anche quando abbia tenuto una condotta difforme da quella che avrebbe tenuto, al suo posto, un ideale professionista “medio” (il c.d. *homo eiusdem generis et condicionis*). L’ideale “professionista medio” di cui all’art. 1176 c.c., comma 2, nella giurisprudenza di questa Corte, non è un professionista “mediocre”, ma è un professionista “bravo”: ovvero serio, preparato, zelante, efficiente ». Questo appare, dunque, il parametro di riferimento che la Suprema Corte adotta per valutare la colpa del medico. In questi termini, tra le molte, anche Cass. 27 novembre 2015, n. 24213, in Banca dati *OneLegale*.

In senso concordante, M. ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del Massimario*, 2011, 2, 15: « Può dunque concludersi che, per la Corte di cassazione, il medico “medio” di cui all’art. 1176, comma 2, c.c., non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi, molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del cliente anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale, che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli ».

³⁸⁶ Così la Relazione n. 917 al codice civile, consultabile al seguente sito: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/174648/Libro+V+++++Del+Lavoro/585f22db-a0da-4c19-a701-b75e7d9148e9>.

Con particolare riguardo al campo medico, si leggano le riflessioni di R. CALVO, *La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria*, in (a cura di) F. VOLPE, *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Milano, 2018, 4 ss., secondo cui, in assenza di una consolidata sperimentazione, la capacità del medico di « far progredire la scienza [...] sarebbe irrazionalmente intralciata qualora l’ordinamento non tollerasse l’attenuazione della responsabilità nei termini appena illustrati ». In aggiunta, come sottolinea C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 415, la norma vuole evitare di « scoraggiare prestazioni professionali «ad alto rischio», che potrebbero però rivelarsi di non trascurabile utilità per il beneficiario », nonché, in ultima istanza, fenomeni di medicina difensiva (passiva).

³⁸⁷ Tra le molte, Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Danno resp.*, 2011, 835 ss., con nota di L. BUGATTI, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell’onere probatorio*.

³⁸⁸ Al riguardo, Cass. 27 luglio 2021, n. 21530, in Banca dati *OneLegale*, afferma che l’art. 2236 c.c. « si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà nozione che ricomprende non solo la

all'art. 2236 c.c. veniva relegata ai soli comportamenti *imperiti*, essendo viceversa escluso per la condotta negligente o imprudente³⁸⁹.

Atteso, dunque, che « nelle nostre aule giudiziarie la colpa lieve o lievissima per imperizia negli interventi «di speciale difficoltà» [...] ha fin qui giocato il ruolo della classica araba fenice »³⁹⁰, la descritta operazione avrebbe quindi condotto alla sostanziale neutralizzazione del regime di favore che l'art. 2236 c.c. dedica al professionista³⁹¹.

necessità di risolvere problemi insolubili o assolutamente aleatori, ma anche l'esigenza di affrontare problemi tecnici nuovi, di speciale complessità, che richiedano un impegno intellettuale superiore alla media, o che non siano ancora adeguatamente studiati dalla scienza ». Si legga anche la massima di Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in Banca dati *OneLegale*, ove si riferisce che « Il medico è responsabile dei danni cagionati al cliente nella sola ipotesi di colpa grave a norma dell'art. 2236 cod. civ., quando il caso in concreto affidatogli trascenda i limiti della preparazione e della abilità normalmente occorrenti per l'esercizio della professione sanitaria, trattandosi di un caso eccezionale e straordinario per non essere stato ancora adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero per essere stato oggetto di proposte e dibattiti nella scienza medica con sperimentazione di sistemi diagnostici e terapeutici diversi ed incompatibili, fra i quali operare la sua scelta ». In senso convergente, Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, in *Ced Cassazione*, 2013. Si legga, inoltre, Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222, in Banca dati *OneLegale*.

³⁸⁹ Cfr. L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, cit., 168 ss.

Per la giurisprudenza, v. Cass. 10 marzo 2014, n. 5506, in Banca dati *OneLegale*. Per la colpa medica in ambito penale, tale interpretazione è stata fatta propria da Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in Banca dati *OneLegale*, secondo cui « La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa [...] risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti ». Tale orientamento, il quale ha contribuito a superare la precedente impostazione di *favor* nei confronti dell'operatore, è stato poi recepito dalla giurisprudenza successiva.

³⁹⁰ Queste le parole di C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 416.

³⁹¹ Peraltro, come rilevato da M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 86, la giurisprudenza sembra aver elaborato la categoria degli interventi di c.d. facile esecuzione o routinari (cfr., per prima, la già citata Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141) proprio a partire da una lettura *a contrario* dell'art. 2236 c.c. fino a ritenere tale dicotomia esaustiva, con la conseguenza che si sono identificate come di facile esecuzione tutte quelle attività che sfuggivano al perimetro di applicazione della norma citata. Critico, a tal riguardo, è R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica [Considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007]*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 445 ss. (in part. 448 ss.), « Nessun medico riterrebbe la bipartizione esaustiva ed osserverebbe, anzi, che *tertium datur* e che proprio tra i due estremi si colloca gran parte delle prestazioni professionali. Anche con gli occhiali del giurista, la bipartizione appare criticabile. Prestazioni che richiedono la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e prestazioni di facile esecuzione – o di routine, che dirsi voglia – non sembrano appartenere a categorie specularmente omogenee, ancor più alla luce della lettura riduttiva accolta dalla giurisprudenza che restringe il campo della speciale difficoltà al solo profilo della perizia ». In definitiva, rileva l'A., « Forse la dissociazione dei due profili (routinarietà e facilità), utilizzati in origine a rinforzo l'uno dell'altro, ha in alcuni casi generato il successivo – e poco realistico – equivoco che vuole «facile» tutto ciò che non appare «difficile»; forse la poco rigorosa lettura del testo normativo dell'art. 2236 cod. civ. ha, in altre vicende, indotto a rinvenire l'elemento distintivo tra le due distinte categorie rispettivamente nella sussistenza, o meno, di margini di difficoltà o di rischio ».

Infine, nel senso di una rimodulazione più severa della posizione del prestatore sanitario ha deposto, altresì, l'ampliamento dei confini della fattispecie del danno³⁹², specie non patrimoniale³⁹³ che, come noto, assume rilievo anche a seguito dell'inadempimento di un rapporto obbligatorio³⁹⁴. Il raggiungimento di significativi livelli di *overcompensation*, infatti, lungi dal costituire una questione sistematicamente neutra, è fattore in grado di produrre costi sociali elevati, specie in un settore, quello della responsabilità sanitaria, che vede strettamente coinvolta la dinamica assicurativa³⁹⁵.

In altri termini, occorre sempre considerare la responsabilità civile e l'assicurazione quale due poli di un binomio inscindibile, di talché, al variare della prima, deve necessariamente seguire una reazione da parte della seconda: dall'inasprimento del carico di responsabilità e alla concessione di un *quantum* risarcitorio di generosa portata discende, dunque, ed in rapida sintesi, l'aumento del premio assicurativo e una restrizione nell'offerta del prodotto assicurativo (che storicamente si è tradotta, ad esempio, nel fenomeno della “fuga” del mercato assicurativo³⁹⁶).

³⁹² In questo senso, F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017*, n. 24, cit., 1325 e G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 356 ss. (in part. 356 s. e 359 s.).

³⁹³ Volendo soffermare l'attenzione sulla mera ricognizione della parabola evolutiva del danno non patrimoniale, cfr. F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643 ss.; G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile*, cit., 222 s. ove si dà atto degli alti livelli di risarcimento riconosciuto alla persona, risultato di un utilizzo spregiudicato delle regole della responsabilità civile, piegate ad una « concezione dichiaratamente funzionale ».

³⁹⁴ Il riferimento è alle note sentenze di San Martino: Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., con note di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le SS.UU. fanno il punto sul “danno non patrimoniale” - Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*; di S. LANDINI, *Le SS.UU. fanno il punto sul “danno non patrimoniale” - Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; e di C. SGANGA, *Le SS.UU. fanno il punto sul “danno non patrimoniale” - Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*.

³⁹⁵ G. PONZANELLI, *op. cit.*, 357 e ID., *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno resp.*, 2016, 817, il quale puntualizza che « ogni aggravamento della responsabilità comporta infatti un maggior onere della garanzia assicurativa e una conseguente maggiore difficoltà per la classe medica di munirsi di una polizza assicurativa ». Peraltro, con particolare riguardo alla misura del risarcimento concesso, « [...] in una responsabilità civile – sempre più “assicurata” – [questo] non può che essere “finanziato” dal livello dei premi assicurativi gravanti su tutti i possibili danneggiati. Con la conseguenza che un livello più alto di risarcimento non potrà che determinare un livello più alto di premi. E chi non si avvede di questo processo – o lo reputa non giuridicamente rilevante – fa davvero un esercizio di miopia culturale ».

Concorda con la ricostruzione dell'A. anche M. FACCIOI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, L. n. 24 del 2017)*, in *Contr. impresa*, 2020, 1059.

³⁹⁶ Questa espressione individua la tendenza delle imprese assicuratrici non più disposte ad assumere determinati rischi, ritenuti sostanzialmente ingovernabili (ovvero disposte ad offrire una garanzia assicurativa a condizioni così onerose da essere rifiutate dagli operatori del settore). Per una ricognizione, è necessario rinviare a G. PONZANELLI, *Nuove figure di danno alla persona e tecniche assicurative*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 415 ss.

Quelli esaminati sono, in breve, alcuni degli indici sintomatici di una progressiva rimodulazione del rapporto medico-paziente, di cui, tuttavia, il formante giurisprudenziale non è riuscita a garantire un assetto equilibrato: conclusa una « prima stagione » pervasa dalla sostanziale immunità dell'operatore sanitario³⁹⁷, la giurisprudenza ha in seguito fissato un livello sempre più rigoroso di responsabilità³⁹⁸ – che testimonia uno scoperto *favor* nei confronti della

Come l'A. riferisce in *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 356, la situazione che nell'ultimo ventennio si è venuta a creare nel settore della responsabilità sanitaria molto ricorda gli avvenimenti verificatisi negli Stati Uniti d'America negli ultimi venti anni del secolo scorso. Con riguardo alla c.d. *liability crisis insurance* di cui fu vittima il mercato assicurativo nordamericano negli anni 1985-86, si rinvia a G. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, cit., 1521 ss.; J. F. HOGG, *The Tale of a Tail*, 24 *William Mitchell Law Review* 515, 1998, 517; K.S. ABRAHAM, *Making Sense of the Liability Insurance Crisis*, cit., 399 ss.

³⁹⁷ Lo documenta G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 3, il quale efficacemente ricorre all'espressione « *the doctor can do no wrong* ». Danno conto di questa fase, tra i molti, E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, cit., 189 ss. e A. PALAZZO, *Doveri di protezione e di tutela della persona*, in *Danno resp.*, 1999, 585 ss. (in part. 586), il quale evidenzia « L'arte medica, andata progressivamente spogliandosi delle anacronistiche "immunità" che l'assistevano in passato (sul rilievo delle difficoltà che il medico incontra nell'esercizio della sua attività), in ragione della nuova sensibilità nei riguardi della persona e, primariamente, del suo stato di salute, non sfugge [...] ad un processo di responsabilizzazione globale, rafforzato ed uniforme ».

³⁹⁸ Netto il giudizio di M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 76, il quale denuncia il deciso orientamento della giurisprudenza che ha così favorito « la posizione processuale del paziente, inteso quale parte debole, antepoendo le esigenze della sua tutela a quella del libero ed incondizionato esercizio dell'attività professionale medica ».

controparte della relazione terapeutica, ritenuta a tutti gli effetti un contraente debole del rapporto di cura³⁹⁹ – il quale ha condotto, in ultima istanza, ad un aumento del contenzioso⁴⁰⁰. Può comprendersi, ora, la primazia della giurisprudenza nell’enucleazione, *in subiecta materia*, di un vero e proprio sottosistema⁴⁰¹ della responsabilità civile.

³⁹⁹ In questo senso, in AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 13 s., depone pure una crescente attenzione dedicata al diritto alla salute – inteso in un’accezione, sempre più ampia, non solo fisica ma anche ancorata al benessere psichico e morale del paziente – e alla tutela dei diritti fondamentali della persona quali, nell’ambito interessato, la libertà e l’autodeterminazione del paziente; dagli stessi, per converso, sorge la necessità, in capo all’ercente, di soddisfare doveri informativi sempre più articolati.

Senza voler avanzare alcuna pretesa riepilogativa, non pare inutile ricordare come il diritto alla tutela della salute abbia rappresentato il *fil rouge* per ogni riflessione ad intersecazione della responsabilità medica. Il diritto alla salute, quale valore primario dell’ordinamento costituzionale, si caratterizza per una ‘doppia anima’: esso si declina, da un lato, nella tutela dell’interesse oppositivo del paziente a non vedere negativamente compromessa la propria integrità psicofisica (c.d. interesse negativo di protezione) e, dall’altro, in posizioni pretensive volte ad ottenere il miglior trattamento possibile tanto sul piano terapeutico quanto su quello diagnostico (c.d. interesse positivo all’adempimento della prestazione). Cfr. sul punto R. BREDÀ, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in (a cura di) G. COMANDÈ - B. TURCHETTI, *La responsabilità medica*, Padova, 2004, 19-43.

Del tutto coerente è la nozione di diritto alla salute fatta propria dall’Organizzazione Mondiale della Sanità nelle premesse alla sua *Constitution*, adottata il 22 luglio 1946, secondo cui « Health is a state of *complete* [corsivi nostri] physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity ». A questo proposito, merita un’opportuna segnalazione quanto disposto dal primo articolo del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 di riordino della materia sanitaria: « 1. La tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo ed interesse della collettività è garantita nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale [...] ».

Nel senso di una crescente tendenza alla personalizzazione del rapporto terapeutico, si legga la definizione di “cura” resa da Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in Banca dati *OneLegale*: « La «cura» non è più [...] un principio autoritativo, un’entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall’alto o dall’esterno, che ciò avvenga ad opera del medico, dotato di un elevato e inaccessibile sapere specialistico, o della struttura sanitaria nel suo complesso, che accoglie e “ingloba” nei suoi impenetrabili ingranaggi l’ignaro e anonimo paziente, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente ».

⁴⁰⁰ Tra i molti, M. ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., *passim*. Aumento che, di certo, non può essere imputato al medico, per aver commesso, oggi, più errori rispetto al passato: sul punto, per una ricognizione, R. BREDÀ, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impresa*, 2014, 773.

⁴⁰¹ In questi termini cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*, ID., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, cit., 782 e, più di recente, ID., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Milano, 2017, *passim*. L’A. segnala che (ivi, 121) « dove i confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sfumano per dar vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe, senza una chiara appartenenza ad una di esse, se non nell’inquadramento formalmente adottato per la singola fattispecie ». Per un commento, tra i molti U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2005, 130 ss. V. ROPPO, *La responsabilità civile dell’impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. impresa*, 1993, 891 ss. (in part. 893-898). Ricorrendo alle parole di R. BREDÀ, *op. ult. cit.*, 769, nt. 2: « Si allude [...] all’ammissione del concorso improprio di responsabilità, alla distinzione tra interventi facili e difficili con l’applicazione ai primi del meccanismo della *res ipsa loquitur*, alla

Ad aver contribuito alla « rottura degli argini »⁴⁰² sono stati (non meno rilevanti) fattori extra o para-giuridici, in quanto risultato di contaminazioni provenienti dal territorio delle scienze sociologiche, così come del progresso scientifico: ci si riferisce, in particolare, al fenomeno della c.d. *psychology of entitlement*, espressione che intende significare una crescita, tra gli utenti del servizio sanitario, della consapevolezza nella tutela dei propri diritti e ad una più avvertita esigenza di protezione del proprio patrimonio⁴⁰³, probabilmente veicolata anche da un'informazione talvolta parziale o faziosa.

A questo risultato sembra pure aver contribuito una maggiore scolarizzazione della popolazione e il più agevole accesso alle conoscenze medico-scientifiche.

Soprattutto, la progressione della scienza medica, la scoperta di tecnologie sempre più innovative e il conseguente avanzamento delle frontiere terapeutiche hanno condotto alla diffusione, tra i consociati, di un “diritto al benessere”, *sub specie* di aspettativa alla guarigione, che assegna alla cura obiettivi certi di risultato e non ammette l'idea dell'insuccesso o del fallimento terapeutico⁴⁰⁴.

trasversalità del concetto di obbligazione di mezzi, nonché all'enucleazione di un concetto unitario di diligenza che si caratterizza in termini sempre più oggettivi e nel quale sempre più rilievo assume il rispetto di linee guida e protocolli ».

Proprio con riguardo al descritto sottosistema e alla curvatura di progressivo inasprimento che si è cercato di delineare nei suoi tratti essenziali, si legga conclusivamente Cass. 18 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, 43 ss., con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, ha rilevato che « Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene, in questo quadro, il topos “disfunzionale” al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo “pendolare” segna diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura tra fatti concreti – l'intervento del medico - e moduli giuridici - la sua responsabilità - un tempo tra sé e alieni, che officia la mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria) ».

⁴⁰² E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 27 ss. (in part. 30).

⁴⁰³ In questo senso, F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 16.

In effetti, come suggerisce R. DE MATTEIS, *Errore e responsabilità in medicina*, in *Resp. med.*, 2017, 63 s., la curvatura favorevole al paziente sarebbe il risultato di un fenomeno di cambiamento sociale, all'apice del quale il paziente è posto al centro della relazione di cura. Ad aver contribuito a questo risultato è l'evoluzione della salute, da intendersi quale nozione dinamica e una più ampia concezione risarcitoria del danno alla salute.

⁴⁰⁴ Così M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 75. Secondo l'A., la *summa* del descritto fattore, delle complessità economiche-organizzative del settore sanitario, unito all'erosione dell'alleanza terapeutica ha condotto ad una « predisposizione culturale al rifiuto dell'insuccesso medico ».

2. Le reazioni: la deflagrazione della medicina difensiva. La legge n. 189/2012

La parabola di progressivo inasprimento che si è tracciata finora trova il suo apice nella propagazione di fenomeni di medicina difensiva⁴⁰⁵ e, più in genere, nella rottura dei delicati equilibri su cui si regge l'alleanza terapeutica⁴⁰⁶.

Con l'espressione "medicina difensiva" si è soliti (tentare di⁴⁰⁷) designare quel complesso di pratiche diagnostiche e terapeutiche le quali, più che volte alla cura del paziente, sono attuate in funzione conservativa e difensiva: allo scopo, cioè, di garantire all'operatore sanitario la minore esposizione giudiziaria possibile.

⁴⁰⁵ Non per caso G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 199, riferisce che la medicina difensiva altro non sarebbe che una « chiara conseguenza di una policy di *overdeterrence* coltivata all'interno dell'istituto della responsabilità civile ». In effetti, come riferito da P. MARIOTTI – A. SERPETTI – A. FERRARIO – R. ZOJA – U. GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, cit., 21 s., la matrice eziologica di tale fenomeno deve rinvenirsi nello « spostamento dell'asse della r.c. sanitaria verso un assetto di tutela rafforzata del paziente e il conseguente anomalo intensificarsi del contenzioso per "*malpractice*". [...] Questa l'ipotesi che, ancorchè con qualche messa a punto e isolato dissenso, viene in linea di massima condivisa e comunemente recepita ». E, ancora (*ivi*, 29), « Da tutti gli studi presi in esame emerge chiaramente come il "fattore" contenzioso rappresenti, direttamente e/o indirettamente, la spinta propulsiva maggiore al ricorso a metodiche di medicina difensiva ». In senso concordante, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale, Pisa, 2010, 24 ss. ove riferimenti di studi (nt. 16) che rinvergono nel contenzioso la principale causa dei comportamenti difensivi in sanità, confermati dalla ricerca empirica di cui al contributo.

Come si osserva in AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in *I Quaderni. Supplemento alla Rivista Monitor*, 2015, 39, sarebbe proprio « nell'alterazione del rapporto medico-paziente che vanno ricercati principalmente i fattori determinanti la MD, in particolare in quegli elementi in grado di confondere e generare timore nel medico tra cui l'aumento del contenzioso, l'aumento ingiustificato dell'aspettativa dei pazienti nei confronti della medicina, il livello reale di adattabilità alla pratica clinica delle raccomandazioni delle diverse società mediche, contraddittorietà delle evidenze, etc. [...]. In effetti la letteratura concorda nel riportare negli ultimi anni la crescita di elementi di contesto favorenti la genesi della MD nei sistemi sanitari dei Paesi sviluppati e tra questi si segnala un'oggettiva proliferazione di contenziosi legali per negligenza da parte dei medici [...]. Tale situazione viene ricondotta in parte a fattori legati alla pressione da parte dell'opinione pubblica e dei mass media [...] e in parte a un contesto legislativo sempre più sfavorevole per il medico, in particolare le responsabilità crescenti che le legislazioni attribuiscono ai medici ».

⁴⁰⁶ L'unicità di tale relazione è sottolineata, tra gli altri, da R. PUCELLA, *La relazione di fiducia tra medico e paziente*, in *Resp. med.*, 2019, 75 ss.

⁴⁰⁷ Come correttamente osservano P. MARIOTTI – A. SERPETTI – A. FERRARIO – R. ZOJA – U. GENOVESE, *op. cit.*, 19, si tratterebbe di un termine di ardua definizione, poiché « compendiando svariate strategie attive e omissive, a loro volta ampiamente differenziate, non si presta [...] alla riconduzione ad un modello esplicativo e descrittivo unitario e ha infatti sollecitato notevoli sforzi definitivi e di catalogazione, oltre che la ricerca di una possibile comune origine causale ».

La tutela della salute del paziente, quindi, da interesse primario diviene questione recessiva, comunque subordinata ad istanze cautelative di autotutela, quali la minimizzazione del rischio legale⁴⁰⁸ o di compromissione della propria carriera, reputazione e immagine professionale⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 2010, 41.

⁴⁰⁹ Lo si comprende dai risultati dello studio empirico compiuto in AA.VV., *op. cit.*, 35 ss., a proposito delle motivazioni dei comportamenti difensivi.

Come opportunamente rilevato in letteratura⁴¹⁰, è possibile distinguere due diverse tipologie (tutt'altro che omogenee) di medicina difensiva⁴¹¹: la prima – definita “attiva”⁴¹² (o, se si

⁴¹⁰ Salvo talune eccezioni, il fenomeno della medicina difensiva è stato oggetto di studio della sola dottrina penalistica. Per alcuni riferimenti, cfr. A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 899 ss.; C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 410 ss.; AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, cit., 1 ss.; AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 24 ss., ove anche riferimenti a studi precedentemente effettuati tra Stati Uniti (2005), Giappone (2006), Regno Unito (2002) e Italia (2008), ad opera dell'Ordine dei medici della Provincia di Roma, il quale evidenzia un significativo tasso di diffusione delle pratiche difensive. Lo studio condotto dal Centro evidenzia come il 77,9% dei medici intervistati abbia tenuto nell'ultimo mese di lavoro un comportamento difensivo (percentuale, la cui crescita appare inversamente proporzionale agli anni di anzianità professionale, fino a toccare il 100% per coloro i quali non abbiano maturato ancora il primo anno). Dallo Studio possono trarsi, in definitiva, alcune conclusioni: le tendenze di medicina difensiva sono simili a quelle già registrate in altri contesti internazionali; l'incidenza del fenomeno è elevata e aumenta tra i giovani medici; il principale timore attiene alle ripercussioni legali e alla cattiva pubblicità; tra i principali responsabili della medicina difensiva è possibile individuare l'approccio accusatorio (*blame culture*) il quale ostacola il *reporting* dell'errore e la sua conoscenza (*ivi*, 39 s.). Seguiva, pertanto, l'enucleazione di un progetto di riforma. Cfr. anche C. CATTÒ - N. NARDELLA - M. CAPALBO - A. RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 909 ss., i quali evidenziano (*ivi*, 911) che la medicina difensiva si sarebbe imposta in maniera generalizzata, tanto da non essere più percepita come tale dalla classe medica o dall'utenza; V. FINESCHI - P. FRATI - C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica. Il ruolo del capo-équipe e dell'assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 261 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 1 ss.; S. ALESSANDRINI - P.M. FIORAVANTI - A. FERRANTE - M. PAOLUCCI, *Dal controverso “Decreto Balduzzi” alla proposta di riforma della responsabilità medico-sanitaria: il contrasto alla medicina difensiva nel più vasto scenario della crisi del rapporto medico-paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 129 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 927 ss., il quale sofferma l'attenzione sul ruolo che, tra le molte discipline, la scienza giuridica può svolgere nella lotta ai fenomeni difensivi. Per rispondere a questa sfida, l'A. ritiene che la migliore strada da percorrere sia quella della *restorative justice*, « attorno alla quale può essere costruito un percorso (su base volontaria) di partecipazione a un confronto dialogico sull'accaduto, da parte della persona che lamenta l'offesa, dell'esercente la professione sanitaria e, se opportuno, della struttura ospedaliera e/o di enti esponenziali » (su cui è bene rinviare a C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto “integrato” di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 847 ss.); si suggerisce, infine, di coinvolgere nella dinamica risarcitoria la struttura sanitaria, insieme ad un sistema di assicurazione obbligatoria (*ivi*, 947).

Ne sottolinea i rischi, altresì, A. NICOLUSSI, *La legittimità dell'atto medico tra finalità sociale e consenso informato*, Atti del convegno *Responsabilità sanitaria: dal contenzioso medico alle assicurazioni alla luce della legge 24/2017*, svoltosi a Parma il 13 ottobre 2017, Parma Medica, 2018, 6 ss.

⁴¹¹ Per la letteratura statunitense, si legga U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice, OTA-H-602* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994), 13: « Defensive medicine occurs when doctors order tests, procedures, or visits, or avoid high-risk patients or procedures, primarily (but not necessarily solely) to reduce their exposure to malpractice liability. When physicians do extra tests or procedures primarily to reduce malpractice liability, they are practicing *positive* [corsivo nostro] defensive medicine. When they avoid certain patients or procedures, they are practicing *negative* [corsivo nostro] defensive medicine ».

Per una definizione resa dalla dottrina italiana, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 17, secondo cui « La “*medicina difensiva*” è identificabile in una serie di decisioni attive e omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificatamente meditate, che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento

preferisce, “positiva”) – identifica tutte quelle condotte interventistiche che si sostanziano nella prescrizione di visite, esami, accertamenti o altre procedure e pratiche aggiuntive (ma non necessitate dalla situazione concreta di cura – anzi, talvolta pure pregiudizievoli⁴¹³), così documentando la massima aderenza ai consolidati standard vigenti e, in ultima istanza, scongiurando l’instaurazione di un contenzioso⁴¹⁴.

Laddove, sempre perseguendo lo stesso fine⁴¹⁵, il professionista sanitario si astenga dal compiere operazioni o altri interventi terapeutici in quanto rischiosi (in sè o perchè riguardanti pazienti c.d. ad alto rischio), tale comportamento integra, invece, una pratica di medicina difensiva c.d. “passiva” (ovvero negativa)⁴¹⁶.

Il fenomeno coinvolge l’intero spettro dell’attività medica. Per esemplificare, in letteratura si riferiscono almeno otto differenti modalità di attuazione della medicina difensiva: « 1.eccesso di prescrizioni di visite specialistiche [...]; 2.eccesso di prescrizione di esami di laboratorio [...]; 3.eccesso di prescrizione di esami strumentali e di altri test diagnostici [...]; 4.eccesso di prescrizione di farmaci [...]; 5.eccesso di invii in Dea e/o ricovero in ospedale [...]; 6.eccesso di trasferimenti di pazienti a rischio in altri reparti od ospedali [...]; 7.evitanza dell’assistenza a pazienti a potenziale alto rischio di complicanze [...]; 8.evitanza dell’erogazione di cure potenzialmente efficaci ma ad alto rischio di complicanze [...] »⁴¹⁷.

di evitare accuse per non avere effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso o di complicanze ».

⁴¹² Si v. *infra* per una definizione del fenomeno.

⁴¹³ In AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, cit., 67 ss. ci si chiede se pratiche di medicina difensiva possano condurre, come sembra, all’affermazione di una responsabilità civile in capo al medico, con corrispondente obbligo risarcitorio.

In questo senso, si legga anche E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina “difensiva”*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 201, ove pure un riferimento al corrispondente rischio di “falsi positivi”, i quali inducono ulteriore stress emotivi e necessità di procedere ad ulteriori accertamenti (in questo ultimo senso, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 26).

⁴¹⁴ Come rileva L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss. (in part. 1092 ss.) un esempio di questi fenomeni difensivi è rappresentato dalla burocratizzazione dal consenso informato, il quale finisce per tradursi in un’elencazione dettagliata di tutti gli eventi avversi, pure quelli improbabili, che potrebbero conseguire alla scelta di una determinata terapia: « quasi che la funzione del consenso sia da individuarsi nel fornire una sorta di liberatoria al medico per qualunque esito sfavorevole della sua attività » (*ivi*, 1092).

⁴¹⁵ In effetti, come riferiscono P. MARIOTTI – A. SERPETTI – A. FERRARIO – R. ZOJA – U. GENOVESE, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, cit., 20, si tratta di sottocategorie che, pur eterogenee, risultano tutte avvinte da un medesimo « collante “teleologico” »: la riduzione (o l’eliminazione) del contenzioso.

⁴¹⁶ La letteratura anglosassone ha di recente proposto l’impiego della distinzione – ritenuta meno oscura di quella invalsa – tra « *assurance behaviours* » e « *avoidance behaviours* ». Cfr. AA.VV., *op. cit.*, 63 ss.

⁴¹⁷ AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in *I Quaderni. Supplemento alla Rivista Monitor*, 2015, 38.

Senonché, oltre a non perseguire finalità strettamente terapeutiche, questa prassi finisce per minare il rapporto medico-paziente e, nell'inibire l'operato del professionista, diminuisce la qualità tecnica e l'efficienza dell'assistenza sanitaria⁴¹⁸, burocratizzandola, incrementa le liste d'attesa e rallenta, infine, il corretto sviluppo del progresso scientifico in ambito medico⁴¹⁹.

Atteggiamenti difensivi, inoltre, si traducono in costi (responsabili di gravissime ricadute)⁴²⁰ sulla spesa pubblica sanitaria, sì da compromettere la stabilità economica del sistema sanitario nazionale.

Più precisamente, dai risultati di uno studio pilota condotto nel 2014 da Agenas in quattro regioni italiane (Lombardia, Marche, Sicilia e Umbria) su una platea di intervistati di circa 1500 medici ospedalieri, si è evidenziato che: più della metà (58%)⁴²¹ dichiarava di aver praticato, nell'ultimo anno di lavoro, attività di medicina difensiva⁴²², indicando, tra le principali cause, una legislazione sfavorevole (31%) ed il timore di essere citati in giudizio (28%)⁴²³.

Secondo tale studio, la medicina difensiva si concretizza, prevalentemente, nella prescrizione di esami di laboratorio, di esami strumentali (e altri test diagnostici) non necessari (entrambi al 33%), di visite specialistiche in eccesso (16%)⁴²⁴, e dall'evitare di somministrare cure che, pur potenzialmente efficaci, diano luogo ad un alto rischio di complicanze.

Nelle conclusioni dello studio, Agenas stimava un impatto economico per la sanità pubblica di 10,5 miliardi di euro all'anno⁴²⁵ – dato coerente con le valutazioni contenute nella relazione

⁴¹⁸ C. CATTÒ - N. NARDELLA - M. CAPALBO - A. RICCI, *La medicina difensiva*, cit., 911 ss.

⁴¹⁹ V. S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., 509 s. e R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, cit., 1113, il quale ne avverte il paradosso, in quanto, tra i portati del progresso scientifico, vi dovrebbe proprio essere una migliore gestione del rischio sanitario.

⁴²⁰ In AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 25, infatti, si discorre di « impatto devastante sui costi sanitari a carico del Servizio Sanitario Nazionale e della collettività ». Simili squilibri potrebbero, nel lungo periodo, portare ad una riduzione delle prestazioni erogabili gratuitamente al cittadino (*ivi*, 64). A tal riguardo, cfr. R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.

⁴²¹ Di questi, il 69% considera la medicina difensiva un fattore di limitazione nella propria pratica professionale, avendone sperimentato, nel 41% dei casi, un effetto in grado di condizionare le decisioni cliniche. Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, cit., 46.

⁴²² AGENAS, *op. cit.*, 18 e 45.

⁴²³ AGENAS, *op. cit.*, 18 ss.

⁴²⁴ AGENAS, *op. cit.*, 46 (cfr. tabella 3).

⁴²⁵ AGENAS, *op. cit.*, 47. In particolare, di questo ammontare, il 14% attiene alla spesa farmaceutica *pro capite* totale annua, l'11% alla spesa *pro capite* annua per visite specialistiche, il 23 % alla spesa *pro capite* annua per esami di laboratorio e il 25% della spesa *pro capite* annua per attività diagnostiche/strumentali.

conclusiva del gennaio 2013 ad opera della “Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali”⁴²⁶.

La Commissione, in effetti, giungeva a rilevare che « Tenendo conto dell’incidenza sulle risorse dello Stato, può dirsi che la medicina difensiva pesa sulla spesa sanitaria pubblica per 0,75 punti di PIL, ossia per oltre 10 miliardi di euro [...] »⁴²⁷.

Tali ricadute sulla spesa sanitaria, peraltro, non considerano eventuali costi indiretti. A tal riguardo, è sufficiente pensare al rischio di effetti indesiderati/collaterali prodotti in capo ai pazienti sottoposti a esami strumentali o di tipo diagnostico non necessari⁴²⁸.

Da una lettura sintetica dei dati appena esposti, dunque, è possibile concludere come i fenomeni difensivi conducano ad un duplice risultato negativo: il peggioramento della qualità del servizio erogato e un incremento per la spesa sanitaria pubblica.

Lo scenario delineato appare una fedele rappresentazione di come, all’inasprimento dello statuto di responsabilità medica, non sia seguito un miglioramento della prestazione sanitaria⁴²⁹.

Di qui, l’auspicio, divenuto diffuso in letteratura, ad un ripensamento istituzionale delle regole di responsabilità civile sanitaria.

Come condivisibilmente si è sostenuto, in conclusione, il legislatore si è trovato dinanzi ad una « giurisprudenza [che] delimitava con pazienza e difficoltà i contorni di una vera e propria disciplina speciale che ha avuto come costante stella polare il tentativo di migliorare le possibilità risarcitorie dei soggetti danneggiati »⁴³⁰.

In effetti, alla deflagrazione dei citati fenomeni e alla crescente *vis expansiva* fatta propria dal modello (pretorio) di risposta al pregiudizio iatrogeno, o, ancora, al costo della copertura assicurativa⁴³¹, il legislatore, rimasto fino ad allora poco reattivo, sebbene da più parti

⁴²⁶ Il testo della Relazione conclusiva è disponibile sul sito <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/Documenti/DocumentiParlamentari/parser.asp?idLegislatura=16&categoria=022bis&tipologiaDoc=documento&numero=010&doc=pdfel>.

⁴²⁷ Cfr. Relazione conclusiva, cit., 178.

⁴²⁸ AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, cit., 49.

⁴²⁹ E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina “difensiva”*, cit., 202 s.

⁴³⁰ Queste le parole di G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... No-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1 ss.

⁴³¹ Come si legge in E. MARCHISIO, *op. cit.*, 202, dal 1994 al 2010 (nell’arco, dunque, di quindici anni), le denunce per *malpractice* sono più che triplicate, con un aumento del 200% dell’importo del premio assicurativo. In conseguenza di ciò, sono state disdette il 15% delle polizze, un terzo delle quali ad opera dell’impresa, giudicando impossibile l’assicurazione di strutture in quanto caratterizzate da sistemi di prevenzione poco efficaci (e, dunque, difficilmente assicurabili).

La ritirata degli assicuratori per l’aumento del contenzioso e la difficoltà nella stima dei rischi sono rilevati da ANIA, *Malpractice. Il grande caos*, in *I dossier*, 2 luglio 2014, 4 ss., cui si rinvia per ulteriori stime.

sollecitato⁴³², ha tentato di porre rimedio: in questa direzione si colloca l'intervento del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (poi convertito nella legge 8 novembre 2012, n. 189, c.d. legge Balduzzi, dal nome del suo promotore, Renato Balduzzi, allora Ministro della Salute), al quale si è affidato il compito di ricercare un equilibrio tra le istanze di legittima tutela dei soggetti danneggiati da episodi di *medical malpractice* e la garanzia di un livello di serenità per la classe medica⁴³³, il cui operato, come visto, è appesantito, se non vulnerato, da ricorrenti fenomeni di medicina difensiva⁴³⁴.

Considerato il contenuto assai eterogeneo e l'ampia portata della riforma⁴³⁵, l'attenzione deve essere rivolta, in particolar modo, alla previsione dell'art. 3, primo comma, della predetta riforma, sovente giudicata frettolosa, lacunosa, finanche approssimativa⁴³⁶.

⁴³² A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Jus civile*, 2013, 901 ss.

⁴³³ M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 174 ss.

⁴³⁴ In effetti, nella Relazione illustrativa al decreto Balduzzi, disponibile sul sito <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato871717.pdf>, si apprende, per quanto d'interesse in questa sede, che esso « mira a contenere il fenomeno della c.d. medicina difensiva, che determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumento delle liste d'attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie ».

Peraltro, nella motivazione del decreto, si dà atto della « straordinaria necessità ed urgenza di procedere al riassetto dell'organizzazione sanitaria, tenuto conto della contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica ».

⁴³⁵ Non a caso, A. VALLINI, *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss. discorre di « novella composita e sorprendente », la quale « si occupa delle più diverse questioni sanitarie, tutte inerenti, salvo poche eccezioni, a un progetto di risparmio della spesa pubblica ». Per un approfondimento in ordine agli altri ambiti di intervento (il ricorso allo strumento assicurativo in via obbligatoria e la predeterminazione del risarcimento) e alle ulteriori problematiche sottese all'intervento della Riforma Balduzzi, si rinvia al commento di M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 77 ss.; A. QUERCI, *op. cit.*, 903 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss.

⁴³⁶ Pure sospettata di illegittimità costituzionale: Trib. Milano, 21 marzo 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1256 ss., con nota di F. PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*, aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, d.l. 158/2012 in relazione agli artt. 3, 24, 27, 28, 32, 33, 111 Cost. nella parte in cui « introduce una norma *ad professionem* delineando un'area di non punibilità riservata esclusivamente a tutti gli operatori sanitari che commettono un qualsiasi reato lievemente colposo nel rispetto delle linee guida e delle buone prassi ». Le censure sono state, tuttavia, respinte da Corte Cost., ord., 6 dicembre 2013, n. 295, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, con nota di G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in quanto « il giudice *a quo* ha ommesso di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione ».

In effetti, dal dettato della norma si evince testualmente che « L' esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo »⁴³⁷.

Oltre ad escludere, dunque, la rilevanza penale delle condotte sanitarie connotate da colpa lieve, purché coerenti con le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, il legislatore opera un riferimento tanto oscuro quanto fugace all'art. 2043 c.c., il cui obbligo – si afferma – « resta comunque fermo ».

È proprio il richiamo – per così dire, ermetico – alla norma sulla responsabilità aquiliana ad aver destato i maggiori dubbi interpretativi. Tale inciso si è collocato al centro di un acceso dibattito ove si contendevano il campo due interpretazioni assai divergenti, ragione di un vero e proprio disorientamento in materia: in rapida sintesi, per un primo orientamento (“riduzionistico”), maggioritario in giurisprudenza, l'art. 2043 c.c. verrebbe evocato in senso atecnico, in funzione di sinonimo di obbligo risarcitorio, con la conseguenza che in nulla s'innoverebbe il diritto vivente con riguardo al dispositivo di qualificazione e imputazione della responsabilità (e che, in ultima analisi, il medico viene fatto rispondere secondo il regime contrattuale, come sancito in giurisprudenza a partire dal 1999)⁴³⁸.

⁴³⁷ Il testo originario (precedente, dunque, alla legge di conversione) prevedeva, invece, che « Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale ».

⁴³⁸ Tra le prime, si legga Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013 e Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 803 ss., secondo la quale, mediante il riferimento all'art. 2043 c.c., « il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura »; Cass. 24 dicembre 2014, n. 27391, in Banca dati *OneLegale*.

Critica questo orientamento F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, cit., 472 ss. nella misura in cui rileva come la giurisprudenza, continuando a mantenersi aderente al principio del contatto sociale, abbia del tutto trascurato la presa di posizione fatta propria dal legislatore del 2012, così finendo per imporre il diritto vivente al diritto vigente; netto anche il giudizio espresso da G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 732.

Agli antipodi si colloca una diversa – e preferibile – soluzione ermeneutica⁴³⁹, a mente della quale, invece, il rinvio sarebbe espressione della volontà del legislatore di costituire un nuovo paradigma di responsabilità civile e di assegnare all’operatore sanitario un modello fondato sull’art. 2043 c.c. Trattasi, infatti, della sola impostazione in grado di restituire un qualche significato agli obiettivi di riforma (già illustrati ed) esposti nella Relazione Illustrativa e nella motivazione al decreto (ivi compreso il sostanziale alleggerimento della posizione della classe

⁴³⁹ L’indirizzo, minoritario nella giurisprudenza, è stato dapprima seguito da Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Danno resp.*, 375, cit., (in base al quale « il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l’adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999 [...] » ma solo con riguardo alle « ipotesi di responsabilità per cd. “contatto” e cioè le ipotesi [...] in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario oppure un rapporto contrattuale atipico di spedalità ») e meglio enucleato dalla Prima Sezione civile del Tribunale di Milano: cfr. Trib. Milano, 2 dicembre 2014, n. 1430 (Rel. Bichi), in *Resp. civ. prev.*, 2015, 172 ss., con nota di M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*; Trib. Milano, 17 luglio 2014 (Rel. Gattari) e Trib. Milano, 14 giugno 2014 (Rel. Flamini), entrambe in *Danno resp.*, 2015, 47 ss., con nota di L. MATTINA, “*Legge Balduzzi*”: *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*.

È interessante ripercorrerne l’iter motivazionale. Nella sentenza del luglio 2014 (capofila delle successive pronunce rese dalla Sezione), dopo aver dato atto della « maggiore esposizione di tale categoria professionale al rischio di dover risarcire danni anche ingenti (con proporzionale aumento dei premi assicurativi) [...] [e della] esplosione del fenomeno della cd “medicina difensiva” come reazione al proliferare delle azioni di responsabilità promosse contro i medici », si ricorda che la Riforma Balduzzi ha « espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della “medicina difensiva”, sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica [...] sia attraverso una limitazione dell’entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell’esercente una professione sanitaria ». In questo scenario, dunque, commentando Cass. 8940/2014 cit., il Giudice osserva che, se si volesse prendere sul serio le conclusioni cui giunge la Suprema Corte, « si dovrebbe ritenere che il distratto legislatore del 2012 avrebbe inserito (inutilmente) il richiamo all’art. 2043 all’interno di una norma (art. 3 comma 1 L.189/2012) che disciplina espressamente anche la responsabilità civile del medico, “soltanto” per la preoccupazione di escludere [...] che la colpa lieve potesse condurre - nei casi in cui vi è esonero dalla responsabilità penale - a far ritenere esclusa la responsabilità risarcitoria extra-contrattuale, evidentemente dimenticando (o comunque senza tener conto) che in base al “diritto vivente” la responsabilità del medico viene comunemente ricondotta alla responsabilità da “contatto”/inadempimento ex art. 1218 c.c. e non a quella extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Inoltre, risulterebbe irragionevole la stessa preoccupazione del legislatore [...] di escludere l’irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità aquiliana/extracontrattuale [...] all’interno di una disciplina sulla responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria che continuerebbe ad essere “contrattuale” e sulla quale (secondo la Corte) la legge Balduzzi non avrebbe nessun impatto [...] ». Peraltro, aggiunge il Relatore, « Le significative modifiche introdotte in sede di conversione del decreto legge [...] contribuiscono a far escludere che l’art. 3 comma 1 della legge vigente sia frutto di una “svista” e che l’intenzione del legislatore del 2012 possa essere limitata alla preoccupazione indicata dalla Cassazione nella pronuncia del 2014 più volte richiamata ».

Contra, una diversa sezione (V) del tribunale meneghino: Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, in Banca dati *OneLegale*.

Per una ricostruzione più puntuale dei numerosi indirizzi interpretativi, si rinvia, in conclusione, agli scritti di R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., 782 ss.; di D. MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli, 2019, 162 ss.; di R. PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36 ss. e di R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L’art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impresa*, 2014, 123 ss.

medica⁴⁴⁰), senza trascurare, poi, che il legislatore non ignorava certo il dibattito giurisprudenziale in ordine al titolo della responsabilità del medico, che ha infine condotto all'affermazione della teorica del contatto sociale⁴⁴¹. Per questa via, dunque, la riforma avrebbe inteso delineare due forme autonome di responsabilità: quella dell'esercente, facente capo all'art. 2043 c.c., e quella, dalla prima distinta, della struttura ospedaliera, di tipo contrattuale.

3. L'approvazione della riforma Bianco-Gelli: le scelte del legislatore

A superare lo stato d'immobilismo legislativo⁴⁴² nel sottosistema della responsabilità sanitaria contribuì, cinque anni più tardi, la legge 8 marzo 2017, n. 24⁴⁴³ (rubricata « Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie »), entrata in vigore il successivo 1° aprile 2017⁴⁴⁴.

Tale riforma, nata sulla spinta dei lavori della Commissione consultiva presieduta da Guido Alpa⁴⁴⁵, ha inteso procedere ad un'organica riscrittura delle regole che governano la

⁴⁴⁰ In questi termini, G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, cit., 818 s.

⁴⁴¹ M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, cit., 181, riferisce che « il legislatore non ignorava — e, in verità, non avrebbe dovuto né potuto — la rilevanza contrattuale della condotta sanitaria accreditata dal c.d. diritto delle Corti; perciò è legittimo nutrire dubbi [...] circa il fatto che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia stato frutto di un errore, dimostri cattivo *drafting* normativo e più in generale sia privo di rilievo, in quanto esso afferma ciò che, almeno per una parte della letteratura giuridica, è tuttora ovvio: che in ossequio alla *lex aquilia* persino la *culpa levissima* rileva ai fini civilistici. Va anche detto che se invece la legge Balduzzi avesse voluto non escludere la responsabilità risarcitoria si sarebbe limitata a disporlo senza addentrarsi nella qualificazione del relativo titolo, sarebbe bastato prevedere che all'irrelevanza penale non corrisponde altrettanta irrilevanza dal punto di vista civilistico, cioè risarcitorio ». A ben vedere, la giurisprudenza già applicava il disposto dell'art. 2236 c.c. anche quando qualificava la responsabilità come extracontrattuale.

⁴⁴² R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, cit., 4, sottolinea come il legislatore sia rimasto a lungo assente dalla scena anche se più volte sollecitato da proposte di legge o disegni di legge. Si pensi, a tal riguardo al Ddl Gasparri (n. 1067/2008), al Ddl Bianchi (n. 1183/2008), al Ddl Tommasini (n. 50/2008) e al Ddl Pedoto (n. 3806/2010).

⁴⁴³ In questa (seconda) occasione di intervento, si è utilizzato uno strumento normativo (la legge ordinaria) senz'altro più adeguato rispetto al decreto-legge (impiegato nel 2012) e che aveva sollevato dubbi circa la sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza di cui all'art. 77, secondo comma, Cost. Cfr. sul punto M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima parte), in *Studium iuris*, 2017, 659 ss.

⁴⁴⁴ Come si sottolinea in R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, cit., 5, la legge ha recepito le indicazioni provenienti dalla direttiva UE 2011/24 in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, specie per quanto attiene ai profili di sicurezza delle cure.

⁴⁴⁵ Si tratta, più precisamente, della « Commissione consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie », istituita con decreto dall'allora Ministro della Salute, l'on. Lorenzin, al fine di « approfondire le problematiche connesse al fenomeno della c.d.

responsabilità sanitaria. In effetti, oltre a porre una nuova disciplina per la responsabilità civile (e penale) in campo medico, l'intervento, che consta di diciotto articoli, ha inteso considerare, in maniera trasversale, una serie più articolata di profili inerenti alla *medical malpractice*.

Il descritto modo di procedere – organico ed il più possibile esaustivo – doveva intendersi funzionale al perseguimento degli obiettivi di riforma, che il legislatore riprende dal prefato intervento del 2012 (che, sul punto, si è attestato come inefficace): in primo luogo, come reso peraltro manifesto dal titolo della legge, s'intende collocare il paziente al centro di un sistema di cure efficienti e sicure⁴⁴⁶.

Il raggiungimento di tale finalità – altrimenti destinata a restare lettera morta – imponeva, tuttavia, un cambio di rotta (anzitutto culturale) nel modo di intendere (le funzioni del)la responsabilità sanitaria, così debellando un « equivoco di fondo: quello secondo cui la tutela del paziente, anziché esser soddisfatta in positivo, potesse esser meglio presidiata da logiche di pura deterrenza e di sistematica sanzione »; equivoco responsabile di una sempre più acuita conflittualità nel rapporto terapeutico, da ultimo degenerata in distorsioni e corto circuiti, quali un approccio intollerante e (facilmente) litigioso, che già si ha avuto modo di descrivere. Si comprende, invece, come l'attenzione debba essere spostata sul momento primigenio della cura – sulla neutralizzazione del rischio e la prevenzione del danno, cioè, piuttosto che sulla risposta sanzionatoria, evocativa della (tuttora centrale, eppure strabica) necessità di rintracciare un soggetto colpevole cui trasferire le conseguenze economiche del pregiudizio⁴⁴⁷.

Il complesso impianto normativo intende, poi, prendere in considerazione il ripristino, o quantomeno la correzione, dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, reso possibile solo mediante il contrasto alla medicina difensiva; il bilanciamento delle ragioni di tutela del professionista sanitario, soggetto ad un'esposizione giudiziaria crescente, con le contrapposte aspettative compensative dei danneggiati da errore medico; ancora, la volontà di limitare l'aumento dei costi (pubblici o privati, a seconda della struttura di provenienza) risarcitori derivanti dal contenzioso sanitario, cui appariva necessaria l'apposizione di un argine.

“medicina difensiva” » e di « fornire al Ministero della salute idoneo supporto per l'approfondimento delle predette tematiche e l'individuazione di possibili soluzioni, anche normative ».

⁴⁴⁶ In questo senso, proprio con riguardo agli obiettivi della riforma, si legga F. GELLI – M. HAZAN, *La riforma “Gelli”, principi ispiratori e coordinate di base*, in (a cura di) F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 1-19 (in part. 1 e 12 ss.), nonché A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 1115 s.

⁴⁴⁷ F. GELLI – M. HAZAN, *op. ult. cit.*, 1 ss. In conclusione, si tratterebbe di una riforma che « non annichilisce lo scopo ed il ruolo della responsabilità sanitaria: tutto al contrario la eleva ad elemento di regolazione e misura del rischio e di educazione alla prevenzione » (*ivi*, 19).

In rapida sintesi, dunque, è possibile ridurre a quattro le principali aree di criticità che registrano un intervento del legislatore: il criterio di imputazione della responsabilità dell'operatore e della struttura (art. 7); il risarcimento e i suoi costi (art. 7); la regolamentazione dello strumento assicurativo, mediante la previsione di un apposito obbligo (artt. 10-14); le strategie di prevenzione del rischio sanitario (artt. 1-3)⁴⁴⁸.

3.1. I regimi di responsabilità

Quanto al primo dei profili evocati, ove si concentra il fulcro dell'intera novella, prendendo a prestito la bipartizione codicistica della responsabilità civile ("contrattuale" ed extracontrattuale), la legge Bianco-Gelli ha inteso adottare, all'art. 7, un sistema a doppio

⁴⁴⁸ G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 356 ss. Tra gli ulteriori ambiti di intervento si annovera: la disciplina della responsabilità penale (art. 6), per la quale si rinvia alla monografia di M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; la previsione di un obbligo di trasparenza dei dati (art. 4), il quale impone alla struttura ospedaliera di fornire al paziente, entro termini definiti, la documentazione sanitaria e di rendere disponibile sul proprio sito internet i dati relativi ai risarcimenti dell'ultimo quinquennio; la sottoposizione della domanda giudiziale alla condizione di procedibilità (art. 8) di cui all'art. 696-bis c.p.c. (o, in alternativa, all'esperienza del procedimento di mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), la cui partecipazione è prevista come obbligatoria per tutte le parti (cfr. sul punto F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. impresa*, 2018, 1293-1299; R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1195 ss.); disposizioni relative alla nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria (art. 15); ancora, tra le ulteriori previsioni della legge Bianco-Gelli, si annovera l'art. 5 in materia di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali (per il quale valga il rinvio ai lavori di M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, 271 ss.; V. BACHELET, *Colpa medica e linee guida tra imperizia in eligendo e in executivis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 644 ss. e di F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 264 ss.). Preme infine considerare la previsione di un'apposita disciplina per i rapporti interni tra ente sanitario e professionista strutturato: il riferimento è alla rivalsa (o all'azione di responsabilità amministrativa) esperibile ex art. 9, pur nel rispetto di limitazioni soggettive, quantitative e procedurali. Per un inquadramento, cfr. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss., ove l'A. correttamente osserva come « è (anche) sul piano dei rapporti interni che si gioca la partita dell'effettiva attenuazione del peso del risarcimento che resti in capo al medico, con benefici corollari quanto alla mitigazione degli eccessi della medicina difensiva » giacché « un'azione di rivalsa agevole sotto il profilo processuale, e senza limiti "soggettivi" ovvero quantitativi, finisce per fare ricadere l'obbligazione risarcitoria (magari nella sua integralità) sull'operatore sanitario, con ciò annacquando la portata, anche in termini di prevenzione della medicina difensiva, delle scelte operate in punto di natura della responsabilità dei diversi soggetti coinvolti » (*ivi*, 771). Cfr. ID., *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss.

Tale disciplina è stata da ultimo arricchita da un intervento di Cass. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, con nota di L. NOCCO, *I limiti ed i presupposti dell'azione di rivalsa prima della l. 24/17*, ed in *Resp. civ. prev.*, 2020, 222 ss., con nota di G. FACCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*, la quale ha statuito che « in tema di danni da 'malpractice' medica nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, nell'ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario, nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata ».

binario⁴⁴⁹ (o, se si preferisce, dualistico) di responsabilità: contrattuale per l'ente e aquiliana per il medico intramurario.

Si differenzia, così, il regime di responsabilità dell'esercente (art. 7, terzo comma), riferito alla disciplina dell'art. 2043 c.c. (salvo che questi « abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente »), da quello della struttura⁴⁵⁰ sanitaria o sociosanitaria,

⁴⁴⁹ Tale regime veniva sostenuto da R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, cit., *passim*. Secondo M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 781 ss., tale soluzione determinerebbe un ritorno al passato, in quanto imporrebbe « di ritornare a ragionare nella prospettiva del c.d. cumulo improprio di responsabilità contrattuale (della struttura sanitaria) ed extracontrattuale (del singolo professionista) come, invero, si era soliti fare prima del recepimento giurisprudenziale della teoria del contatto sociale ».

Sul punto, si legga anche M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 481 ss.

⁴⁵⁰ Rispetto alla struttura ospedaliera, la scelta della contrattualizzazione conferma gli approdi della consolidata elaborazione giurisprudenziale. È possibile individuare, tradizionalmente, un regime di responsabilità diretta per fatto proprio (art. 1218 c.c.) e indiretta per il fatto compiuto dall'ausiliari (art. 1228 c.c.). L'art. 7, primo comma, in realtà, si occupa solo del secondo profilo e prevede che l'ente sanitario risponde delle condotte dolose o colpose compiute dagli esercenti la professione sanitaria (a prescindere dal fatto che siano o meno dipendenti della struttura presso la quale svolgono l'attività medica e finanche se scelti dal paziente stesso) di cui la prima si sia avvalsa « nell'adempimento della propria obbligazione »: la prestazione di cura e di assistenza. Tale modello viene esteso, per espressa previsione del secondo comma dell'art. 7, agli esercenti in regime di libera professione intramuraria o nell'ambito di attività di ricerca clinica o sperimentazione o, ancora, laddove convenzionati con il SSN o attraverso la telemedicina. L'impianto legislativo sembra dunque assegnare rilevanza all'inserimento del professionista entro la struttura, di cui il primo impiega mezzi e risorse.

Le disposizioni evocate non puntualizzano, invece, la fonte dell'obbligazione (al cui adempimento è tenuta la struttura): sul punto, preme ricordare come, sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso (cfr. Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.), la giurisprudenza è giunta a riconoscere l'esistenza di un rapporto di natura contrattuale intercorrente tra il paziente (o "assistito") e la struttura sanitaria deputata a fornire, al primo, assistenza sanitaria. Il riferimento è, com'è chiaro, non già allo schema negoziale del contratto d'opera professionale (su cui Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, massimata in Banca dati *DeJure*; poco convincente, infatti, era l'assimilazione, anacronistica, della struttura sanitaria ad un "macroiatra", un medico collettivo chiamato a stipulare una serie di contratti con i pazienti cui veniva apprestata assistenza per mezzo dei propri dipendenti), bensì ad un c.d. contratto (atipico) di ospitalità (o di assistenza sanitaria), il quale si perfeziona con l'accettazione ovvero il ricovero del paziente e che obbliga la struttura ad un *facere* complesso: la prestazione non si esaurirebbe, infatti, nella mera effettuazione delle cure mediche e chirurgiche (in altri termini, nella prestazione curativa *strictu sensu* intesa), ma si estenderebbe sino a racchiudere una serie di ulteriori prestazioni (secondarie) funzionali alla realizzazione effettiva dell'obbligazione principale di cura, assicurandone l'utilità perseguita. Tra gli obblighi di assistenza della struttura può ricordarsi: la messa a disposizione di personale ausiliario e paramedico; l'apprestamento di medicinali; la fornitura di servizi di alloggio e ristorazione (prestazioni di natura alberghiera); la vigilanza e custodia del paziente; le applicazioni terapeutiche in senso lato; l'apprestamento (e sicurezza) degli impianti, delle infrastrutture (si pensi, in particolare, alla salubrità degli ambienti nosocomiali) e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, « anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze ». Si veda Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 689 ss., con nota di L. FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite*, poi confermata da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. Ancora, si legga Cass. 22 settembre 2015, n. 18610, Cass. 18 gennaio 2019, n.1267 e Trib. Milano, 13 gennaio 2021, n. 177, tutte in Banca dati *DeJure*.

pubblica o privata⁴⁵¹ (art. 7, primo comma), responsabile, alla stregua di un soggetto di natura imprenditoriale, *ex contractu*, in base, cioè, alle regole dell'inadempimento dell'obbligazione di cui all'art. 1218 c.c. e completato dal riferimento alla responsabilità dell'ausiliario *ex art. 1228 c.c.*

Se, proprio con riguardo all'ente nosocomiale, l'indicazione normativa dell'art. 7, lasciando sostanzialmente invariata la natura contrattuale della responsabilità, non si attesta come innovativa, essa rappresenta, invece, un chiaro punto di arrivo nell'articolato percorso di qualificazione della responsabilità del medico(-strutturato): il legislatore, prendendo le distanze dalla consolidata teorica del contatto sociale e assoggettando il professionista al generico

Si legga, per una ricognizione puntuale del tema, R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, cit., 93 ss., la quale individua nel combinato disposto degli artt. 1218 e 1681 c.c. il criterio di imputazione della responsabilità in capo all'ente sanitario.

La responsabilità diretta della struttura, al contrario, non è oggetto di disamina da parte dell'art. 7, primo comma: ciò nonostante, si suole comunemente ravvisare un'ipotesi di responsabilità propria ed autonoma dell'ente per i danni che sono conseguenza di carenze, inefficienze e disfunzioni organizzative e strutturali tali da compromettere l'esatta realizzazione della prestazione sanitaria; si tratta di una responsabilità, dunque, scollegata dall'intervento diagnostico o terapeutico: essa può accompagnarsi ad una condotta medica errata, così come può del tutto prescindere. In giurisprudenza, va ricordata la pionieristica pronuncia di Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389 ss., con nota di M. TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?*. Per un approfondimento, valga il richiamo alla monografia, sul tema, di M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., *passim*, il quale enuclea le principali prestazioni di natura organizzativa, facenti capo all'ente nosocomiale, dalle quali può profilarsi una sua autonoma responsabilità: la sicurezza dell'ambiente e degli strumenti impiegati, la tutela del paziente *lato sensu* incapace; la predisposizione di risorse adeguate; la presenza, anche in numero sufficiente, di personale qualificato; la gestione organizzata del consenso informato; scelte organizzative razionali ed efficienti. Quanto al fondamento normativo di tali doveri, l'A. osserva che, al di là del riferimento agli obblighi di protezione e del richiamo alla buona fede, operati in dottrina, essi costituiscono parte del contratto di ospitalità. Il problema principale, allora, consiste nella perimetrazione degli stessi e nella definizione di uno standard organizzativo esigibile. La relativa responsabilità, su cui la legge Bianco-Gelli ha ritenuto di non intervenire, ha natura oggettiva (*ivi*, 109). Si rinvia, inoltre, a M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 952 ss.; R. BREDI, *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 103 ss.; G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3 ss.; E. GUERINONI, *Soggetti e responsabilità nell'esercizio privato di attività sanitarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 921 ss.

⁴⁵¹ Sul punto, già Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., aveva affermato che « Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria [...] ».

dovere di *neminem laedere*⁴⁵², conferma il riferimento, pur anodino e sfuggente, che il decreto Balduzzi aveva operato alla disciplina del fatto illecito.

Per questa via, non immune da critiche in letteratura⁴⁵³, veniva confermata – ma solo per certi versi – la ripartizione già operante in giurisprudenza dagli anni '70 sino alla sentenza n. 589: il

⁴⁵² Nel segno già (opacamente) tracciato dalla riforma Balduzzi, si conferma, dunque, la natura extracontrattuale della responsabilità per i danni cagionati dal professionista “strutturato”, a qualunque titolo operante all’interno della struttura sanitaria e qualunque sia il rapporto (contrattuale) con la stessa, in quanto soggetto terzo rispetto al rapporto che lega la struttura al paziente. Tale previsione supera espressamente la precedente impostazione che, per il tramite del contatto sociale qualificato, faceva rispondere il medico ai sensi dell’art. 1218 c.c.

In questo senso, si legga Cass. 11 novembre 2019, n. 28994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 318 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla “irretroattività” della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017* (ma, sul punto, v. già Trib. Roma, 4 ottobre 2017, n.18685, in Banca dati *DeJure*): « La L. n. 24 del 2017 ha, quindi, operato in via immediata e diretta la qualificazione giuridica dei rapporti inerenti ai titoli di responsabilità civile riguardanti la struttura sanitaria e l’esercente la professione sanitaria, per un verso (quello concernente la struttura) recuperando l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza consolidatasi nel tempo, per altro verso (quello del sanitario operante nell’ambito della struttura, salvo l’ipotesi residuale dell’obbligazione assunta contrattualmente da quest’ultimo), discostandosi nettamente dal “diritto vivente”, che, a far data dal 1999 (Cass. n. 589/1999), aveva qualificato come di natura contrattuale la responsabilità dell’esercente la professione sanitaria, facendo leva sulla teorica del cd. “contatto sociale” ». A tal riguardo R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264 discorre di un rigetto *locale* della teoria del contatto sociale qualificato; in senso concordante, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740 ss. (in part. 741); D. PITTELLA, *Dall’obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale “qualificato”?*, in *Contr. impresa*, 2020, 418 ss., invece, sembra prospettare alcuni argomenti, pur formulati in forma paludata, nel senso di un superamento dell’intero impianto teorico del contatto sociale.

Sempre con riguardo alle disposizioni dell’art. 7 riguardanti la figura del medico, si segnala che A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 1120, ritiene incorretta l’applicazione, alla struttura, dell’art. 1228 c.c. in caso di prestazione resa da un professionista intramurario, in quanto non vi sarebbe alcun rapporto obbligatorio tra paziente e struttura. *Contra*, G. DONADIO, *Responsabilità sanitaria*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, cit., 2238 s., la quale evidenzia che tale rapporto obbligatorio sorge giacché il paziente si rivolge, *in primis*, all’ente, chiedendo a questo l’erogazione di una prestazione in regime intramurario. Peraltro, « Tale dipendente esegue siffatta prestazione all’interno della struttura, utilizzando l’organizzazione, gli spazi e la strumentazione di quest’ultima, nei giorni e negli orari all’uopo dedicati previo accordo con l’ente stesso ».

Nessuna novità, infine, con riguardo al regime di responsabilità (contrattuale) del medico-libero professionista il quale abbia concluso con il paziente un contratto di opera professionale e che continuerà a rispondere per la violazione della *lex contractus*.

⁴⁵³ L’incongruità della soluzione aquiliana viene evidenziata senz’altro da C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 852 ss.: essa finisce per « equiparare un soggetto chiamato specificatamente a un’attività di cura a un qualunque passante al quale *per incidens* capiti di arrecare danno a uno sconosciuto. [...] [I]l contatto sociale che scocca tra i due [medico e paziente, n.d.r.] non è frutto di una necessità cosmica, bensì di un preciso esito di programmazione sociale che porta necessariamente all’incontro [...] ». La non estraneità del medico al paziente si avverte, d’altra parte, sul piano materiale, ove il primo « non svolge una prestazione muta su un paziente non partecipativo, ma interloquisce con quest’ultimo, si pronuncia sul da farsi, gli chiede se una certa terapia abbia avuto buon esito, gli domanda come si sente ». Una soluzione sembra piuttosto individuata nella disciplina dell’art. 1228 c.c., interpretata sì da far rispondere del danno il solo debitore principale (*ivi*, 888).

cambio di paradigma, infatti, si apprezza soprattutto nel passaggio dal singolo atto medico all'attività sanitaria quale servizio complesso, organizzato dalla struttura⁴⁵⁴, cui viene indirizzata (meglio, canalizzata) la pretesa risarcitoria⁴⁵⁵.

La previsione di un modello contrattuale per la sola responsabilità del nosocomio (cui corrisponde, per il paziente danneggiato, un regime di maggiore favore), infatti, era frutto di una precisa scelta politica tesa a valorizzarne la posizione, canalizzare l'iniziativa giudiziaria nei confronti della struttura e, per converso, a scoraggiare la proposizione di simili azioni verso

In senso analogo, cfr. F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017*, n. 24, cit., 1331 ss., secondo il quale la "via aquiliana" promossa dalla legge Bianco-Gelli porrebbe il fianco a una serie di criticità di sistema, anzitutto in ragione della « disarmonia fra la realtà materiale vissuta da paziente e medico e la forma giuridica scelta dal legislatore ». Il professionista, infatti, verrebbe assimilato ad un *quisque de populo*, il quale non instaurerebbe una relazione col paziente, se non al momento in cui gli cagiona un danno con la propria condotta; al contrario, il verificarsi di una *malpractice* è resa possibile proprio dalla presenza di un previo *contatto* tra paziente e medico. L'A. rileva, poi, come il riferimento alle linee guida sarebbe indicato « dell'esistenza di un comportamento funzionale al raggiungimento di un risultato (la perizia professionale), la cui violazione è la ragione della responsabilità ».

Anche al fine di superare una censura fondata sulla violazione del principio di uguaglianza (che considera, da un lato, il medico libero professionista e, dall'altro, il professionista in regime aquiliano), l'A. propone una interpretazione adeguatrice volta ad espandere la portata della clausola di riserva che fa salve dall'applicazione dell'art. 2043 c.c. le ipotesi in cui il medico « abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta col paziente ».

In realtà, anche in accordo con A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 217 ss., sembra più corretto restringere l'applicazione dell'inciso « obbligazione contrattuale » alle sole ipotesi in cui il professionista abbia stipulato un contratto d'opera col paziente, posto che, diversamente, il riferimento al fatto illecito sarebbe soggetto ad un'interpretazione sostanzialmente abrogante.

Anche R. CALVO, *La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria*, cit., 20, solleva dubbi circa la violazione dell'eguaglianza sostanziale nel trattamento tra professionisti perpetrata dalla nuova disciplina, « la quale discrimina la responsabilità del medico facendo leva sulla variabile accidentale che egli sia stato prescelto dal paziente anziché dal preposto ». L'A. ritiene sarebbe stato più semplice statuire che « la responsabilità contrattuale del medico o del personale sanitario operante nella veste d'ausiliario del contraente principale (struttura sanitaria) è ridotta a cinque anni ed è esclusa quando siano state rispettate le linee-guida, salva l'ormai nota eccezione ».

Ancora, cfr. V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, cit., 393 ss., il quale censura nettamente la scelta del legislatore del 2017 di obliterare il contatto sociale mediante la previsione un generico obbligo di *neminem laedere*, il quale, « si pone, tuttavia, in contrasto con la realtà dei fatti ».

Al contrario, secondo A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2023, 129 ss., la soluzione della legge Bianco-Gelli appare coerente con l'interpretazione data all'art. 1228 c.c. il quale considera l'ausiliario un soggetto responsabile solo in via extracontrattuale.

⁴⁵⁴ Rileva G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, cit., 268, la correttezza della soluzione per la quale si debbano rivolgere alla struttura le richieste di risarcimento, in quanto « il perimetro che viene definito dal contratto di ospitalità è molto vasto e, di fatto, controlla tutte le possibili fonti del rischio ».

⁴⁵⁵ Infatti, come sottolinea G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 728 ss., non si tratterebbe di un ritorno al passato, in quanto la disciplina, che contiene molte innovazioni, deve essere considerata in modo unitario e sistematico.

il professionista⁴⁵⁶ (peraltro, la rilevanza dell'opzione è altresì sottolineata dal curioso inciso dell'ultimo comma, il quale sancisce la natura imperativa della norma)⁴⁵⁷.

Ad uno sguardo più approfondito, e in accordo con una parte della dottrina, tale soluzione, benché si collochi certo in una direzione di alleggerimento della posizione dell'esercente, sconta tuttavia una serie di limitazioni sul piano pratico, le quali sembrano (almeno) metterle in discussione le capacità di contrasto, in ultima istanza, del fenomeno della medicina difensiva⁴⁵⁸.

Il primo di questi limiti si apprezza sul piano della prescrizione (il cui termine, lo si ricorda, è quinquennale *ex art. 2947*, primo comma, c.c., in luogo di quello ordinario).

Benché il professionista possa contare su un'esposizione risarcitoria nel tempo più definita, infatti, tale *favor* pare ridimensionarsi dinanzi all'orientamento, ormai granitico in giurisprudenza⁴⁵⁹, il quale individua la decorrenza della prescrizione (non già a partire dal

⁴⁵⁶ Pur avvantaggiando la sua posizione, il legislatore riteneva di non escludere la responsabilità del professionista in forma diretta. Come (condivisibilmente) sostiene R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264, invece, al fine di restituire serenità operativa alla classe medica, sarebbe stato necessario sottrarre *tout court* l'ausiliario a responsabilità diretta, come già avvenuto per la figura del magistrato o dell'insegnante nella scuola. Più ampiamente, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 162 ss. giudicano come poco coraggiosa la norma dell'art. 7, in quanto si sarebbe limitata, per un verso, a cristallizzare il diritto vivente e, per l'altro, ad operare un « modesto lavoro di «copia e incolla» del testo della legge Balduzzi ».

Analogamente, si legga M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 5 ss. (in part. 9 s.).

⁴⁵⁷ Al suo ultimo comma, l'art. 7 si autodefinisce norma "imperativa", rivelando una « sorda *vis polemica* nei confronti di una giurisprudenza rimasta affezionata alla teoria del "contatto sociale" ». Queste le parole di F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, cit., 100. Ne rileva la bizzarria anche G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *giustiziavivibile.com*, 3 marzo 2017, 3 ss., che lo definisce un « buffo *calembour* », forse volto a fugare i timori di un'interpretazione eversiva del riferimento normativo all'art. 2043 c.c.; critico anche V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno resp.*, 2017, 393 ss. Tra i molti punti – definiti – criticabili della normativa, sottolinea, in particolar modo, l'aver il legislatore trascurato la vigente triplicità delle fonti delle obbligazioni e la previsione del carattere imperativo dell'art. 7, posto che « le norme imperative sono saldamente connesse al sistema contrattuale », non a quello aquiliano.

⁴⁵⁸ Peraltro, preme considerare che Cass. 11 novembre 2019, n. 28994, cit., ha concluso che le norme sostanziali (ivi compreso, dunque, l'art. 7) devono giudicarsi come non retroattive (art. 11 preleggi) e pertanto non possono trovare applicazione a fatti che si siano verificati in un momento antecedente alla loro entrata in vigore.

Per la dottrina, A. ARCERI, *L'applicazione della L. n. 24/2017 ai fatti pregressi ed ai giudizi in corso*, in *Giur. it.*, 2021, 460 ss.; P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2020, 153 ss.; G. PONZANELLI, *Il Restatement dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2020, 5 ss.; M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno resp.*, 2020, 7 ss.

⁴⁵⁹ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 583, in *Giur. it.*, 2008, 1695 ss., con nota di G. TERLIZZI, *Il dies a quo della prescrizione tra tutela del danneggiato e certezza del diritto*, la quale si è occupata della prescrizione del diritto al

tempo del fatto dannoso o di produzione del danno, bensì) nel momento in cui il danneggiato assume consapevolezza del danno sofferto, quale danno ingiusto, riconducendolo, mediante l'impiego dell'ordinaria diligenza e tenuto conto dello stato delle conoscenze scientifiche, ad una determinata condotta colposa o dolosa del terzo⁴⁶⁰. Va da sé, dunque, che, a fronte della qualificazione “mobile” del *dies a quo* – che, frutto della congiunta considerazione dei principi di “conoscibilità del danno” e della “rapportabilità causale”, si traduce in una sorta di rinvio indefinito – la rilevanza della più contenuta durata del termine prescrizione finisce per scemare sensibilmente.

Su di un piano schiettamente pratico, peraltro, si è messo in dubbio che un soggetto, il quale assuma di essere stato vittima di un errore sanitario, possa rimanere per più di un quinquennio

risarcimento del danno di colui il quale ritiene di avere contratto per contagio una malattia a causa del fatto di un terzo. Più precisamente, le Sezioni Unite sono attente nel rilevare che il « suddetto principio in tema di exordium praescriptionis, non apre la strada ad una rilevanza della mera conoscibilità soggettiva del danneggiato »; al contrario, esso deve considerare scrupolosamente due parametri di tipo obiettivo: uno interno al soggetto, cioè l'ordinaria diligenza e uno a questi esterno, il livello di conoscenze scientifiche in un dato tempo disponibili, il quale deve essere apprezzato non in relazione all'uomo medio, bensì « in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa. Ciò comporta una rigorosa analisi da parte del Giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso concreto, ovvero sulle informazioni che erano in suo possesso, o alle quali doveva esser messa in condizioni di accedere, o che doveva attivarsi per procurarsi ». Più tardi, Cass. 25 maggio 2017, n. 13156, in Banca dati *OneLegale*, ha aggiunto che « ai fini del decorso del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto una patologia per fatto colposo o doloso del terzo è necessario che la malattia si sia manifestata all'esterno e che il danneggiato abbia avuto piena consapevolezza della sua esistenza, non essendo sufficiente che avesse soltanto la possibilità di ottenere la diagnosi della malattia ». Così anche Cass. 22 settembre 2017, n. 22045, in Banca dati *OneLegale*. Per un'applicazione espressa del menzionato principio al diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale, cfr. Cass. 22 settembre 2016, n. 18606, in *CED Cassazione, 2016* (rv. 642099-01), ove si indica che il termine comincia a decorrere non già dal momento in cui « la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da parte del danneggiato » e la recente Cass. 25 luglio 2023, n. 22250, in Banca dati *OneLegale*.

⁴⁶⁰ Il punto è condiviso da F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, cit., 1312 s.; E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., 31 s. La portata non dirimente della prescrizione è condivisa anche da R. BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017, 291 che, più in generale, afferma che « Quanto alla qualificazione ex art. 2043 c.c. della responsabilità del medico strutturato, [...] non credo rappresenti la panacea né per i medici né più in generale per il sistema »; così anche R. CALVO, *La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria*, cit., 16, secondo cui « si ha la netta sensazione che la restaurazione [...] del regime imperante nel diritto vivente ante 1999 sia destinata, in concreto [...], a produrre per il paziente effetti meno eversivi di quelli che a prima vista potrebbe presagirsi ».

inerte, senza porre in essere, cioè, al di là del contenzioso, alcun atto interruttivo della prescrizione⁴⁶¹.

In conclusione, non sembra che la (sola) riduzione del termine di prescrizione possa influenzare efficacemente la strategia processuale dei danneggiati da errore medico, per svolgere un dirimente ruolo deflattivo del contenzioso.

D'altro canto, ben più incentivante appare, almeno in linea di principio, la diversa allocazione dei carichi probatori (su cui la nuova disciplina in esame non sembra aver esercitato un ruolo di innovazione).

In rapida sintesi: se è vero che, a seguito della conversione extracontrattuale della responsabilità del medico strutturato, è il paziente-attore a dover offrire la prova dell'errore del professionista, citato in giudizio, questi, convenendo la struttura, sarebbe (meno gravosamente) tenuto a dimostrare il rapporto instaurato con l'ente (l'esistenza, cioè, del contratto) e il danno alla salute, essendo l'inadempimento qualificato (meglio, l'inesatto adempimento – *sub specie* di aggravamento della situazione patologica od insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento medico) oggetto di mera allegazione⁴⁶².

Eppure, la portata della cennata divaricazione probatoria sembra potersi quantomeno rimeditare alla luce di una serie di considerazioni.

La prima, di ordine teorico, attiene all'accertamento della causalità⁴⁶³, specie se si considera che spesse volte, « la questione della responsabilità civile non si gioca tanto sul terreno della

⁴⁶¹ Cfr. R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 261 ss.; C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 428 ss.

⁴⁶² Ad ulteriore chiarimento, prendiamo a prestito le chiare parole di R. PUCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco*, in *Resp. med.*, 2022, 366: « La differenza tra provare e allegare l'inadempimento è significativa: provare significa dimostrare, sul piano tecnico, la difformità tra prestazione dovuta e prestazione eseguita; significa individuare nella condotta del debitore uno scostamento idoneo a spiegare l'insuccesso e la conseguente insoddisfazione del creditore. Allegare vuol invece dire denunciare l'inadempimento come fatto storico, contestarlo; sul piano logico argomentativo (e nella prassi processuale) vuol spesso dire dedurlo dalla mancata concreta realizzazione dell'interesse creditorio ».

⁴⁶³ Per una ricostruzione diacronica, che in questa sede rappresenterebbe un fuor d'opera, valga il richiamo ad A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 217 ss. e a F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 85 ss. In linea generale, M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 120 ss., evidenzia la tendenza della giurisprudenza in materia di responsabilità da atto medico ad allontanarsi dal principio per cui *actori incumbit probatio*, elaborando piuttosto regole volte ad alleggerire l'onere della prova a carico del paziente.

Per un approfondimento, si leggano gli scritti di N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: cause e conseguenze*, cit., 327 ss. (nonché alla recente monografia in tema: ID., *La causalità civile*, cit., 1 ss., cui, per tutti, si rinvia per una compiuta ricostruzione della materia); F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 169 ss.; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 198 ss.

(prova della) “colpa” (che magari risulta più o meno evidente), quanto piuttosto proprio sul terreno del nesso di causalità»⁴⁶⁴, il quale, al contrario, è molto frequentemente incerto, con la conseguenza che sono proprio i criteri che governano l’accertamento causale a porsi come dirimenti per ritenere fondata la domanda risarcitoria e a costituire uno dei piani più delicati dell’intero contenzioso sanitario⁴⁶⁵. La delicatezza del profilo probatorio nell’ambito esaminato appare ancora più accentuata, peraltro, nei casi di responsabilità omissiva, notoriamente connotati dalla complessità del giudizio controfattuale⁴⁶⁶.

Nell’ambito del c.d. progetto Sanità, la Terza Sezione della Suprema Corte⁴⁶⁷ si è espressa in materia di riparto dell’onere della prova del nesso di causalità nell’ambito delle obbligazioni di diligenza professionale sanitaria. Attraverso la formulazione di un doppio ciclo causale, come ricordato, si giunge ad imporre al paziente-creditore di provare, anche attraverso il ricorso a meccanismi presuntivi, il nesso di causalità corrente fra l’aggravamento della situazione patologica (ovvero l’insorgenza di nuove patologie) e la condotta del medico, competendo a quest’ultimo, invece, dimostrare di aver adempiuto – quale vicenda estintiva del rapporto – o che l’inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile. Secondo una lettura comune, profilando tale soluzione ermeneutica, dunque, il Supremo collegio sembra prevedere un regime unitario quanto alla prova del nesso eziologico⁴⁶⁸ e giunge

⁴⁶⁴ Così si esprime, tra i molti, G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, 355 ss.; analogamente, C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 307.

⁴⁶⁵ Non per caso, allora, come rileva G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 90, il rapporto causalità si è venuto « progressivamente caricando di funzioni e di compiti che, guarda caso, sono gli stessi che dovrebbero essere svolti dalla responsabilità civile considerata *tout court* ». Del resto, evocando le parole di G. CALABRESI, *Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven, Jr.*, University of Chicago Law Review: Vol. 43, 1975, 69, « causation, viewed as a set of functional concepts, must respond to the sum of the goals of tort law ». Questo può essere trattato come un vero e proprio profilo di politica del diritto (cfr. F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 169 ss.), nonché, ancora, « punto d’appoggio flessibile e cangiante » (D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*, in *Danno resp.*, 2017, 701 ss.).

⁴⁶⁶ R. PUCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l’impatto della Legge Gelli-Bianco*, cit., 366.

⁴⁶⁷ Cfr. *supra* Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit. In precedenza, invece, una lettura giurisprudenziale, oggi superata, della responsabilità del medico da inadempimento (ci si riferisce alla già citata Cass., n. 577/2008), aveva rinunciato al nesso causale quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria mediante un’opera di « attrazione del nesso causale all’inadempimento, di cui l’efficienza eziologica [...] diviene una qualità ». Così N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: cause e conseguenze*, cit., 327.

⁴⁶⁸ Cass. 19 novembre 2019, n. 28991, cit., afferma, sul punto, che « Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all’evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione », così confermando l’idea di un « tronco comune » per i due regimi di responsabilità.

ad appiattare la responsabilità contrattuale su quella extracontrattuale, obliterandone, di conseguenza, le relative differenze in ordine all’allocazione dei carichi probatori⁴⁶⁹.

Un secondo ridimensionamento si apprezza, ancora una volta, sul piano del diritto pratico. A prescindere che si versi in un regime contrattuale od extracontrattuale di responsabilità, infatti, la valutazione circa la sussistenza di profili colposi nella condotta del sanitario è compito sostanzialmente rimesso all’attività del consulente tecnico d’ufficio, richiesta ai sensi dell’art. 696-*bis* c.p.c. (il cui ricorso è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell’art. 8) o nel corso del giudizio di merito: le conclusioni dell’ausiliario, infatti, laddove, com’è chiaro, non si traducano nella valorizzazione di una causa ignota del danno, costituiscono un apparato sufficiente per l’individuazione della responsabilità e la determinazione delle sue conseguenze economiche⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 889 ss., il quale riprende le argomentazioni svolte, da ultimo, da N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., *passim*.

Così, anche F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 171. L’A. puntualizza che « L’equiparazione della responsabilità contrattuale, ancorché soltanto nell’ambito delle obbligazioni di fare professionale, alla responsabilità aquiliana sul versante della causalità materiale e della relativa prova annulla una delle più significative differenze tra i due regimi, per di più allineando quello più vantaggioso (la responsabilità contrattuale) a quello meno vantaggioso (la responsabilità aquiliana) ». Prosegue, rilevando che, per questa via, « la giurisprudenza sostanzialmente vanifica una delle finalità della l. 8 marzo 2017, n. 24 [...]: quella di consacrare la diversità dei titoli di responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente da essa, istituendo un doppio canale di responsabilità caratterizzato da regole diversificate: uno più agevole per il paziente, governato dalle regole di responsabilità contrattuale, nei confronti delle strutture e l’altro più impervio, disciplinato dalle regole di responsabilità aquiliana, nei confronti del medico dipendente ».

Utile la lettura di M. FACCIOLE, *“Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria*, in *Contr. impresa*, 2014, 79 ss., ove si comprende che, con pronuncia del 2004, la Suprema Corte applicava al comparto sanitario le regole probatorie della sentenza a Sezioni Unite del 2001 (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.). Può dubitarsi, secondo l’A., che realmente si concedesse al danneggiato la sola allegazione del nesso causale.

⁴⁷⁰ In questo senso, G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, cit., 268 s.; C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 430; C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 855, secondo il quale la consulenza tecnica – quale « zona intermedia tra l’ambito di competenza del danneggiante e quello del danneggiato » – finirebbe per essere, nella materia *de qua*, « una vera e propria stanza di compensazione, ove si stempera e relativizza l’onere come rischio della mancata prova che pende sul medico ove la responsabilità voglia essere contrattuale e, reciprocamente, sul paziente ove il modello adottato sia quello extracontrattuale ». Anche per R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contatto sociale?)*, cit., 170, « la partita andrà a giocarsi prevalentemente sul terreno della consulenza tecnica ». Si leggano, infine, le parole di M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, cit., 11 « [...] una *malpractice* è tale quando un tecnico la rileva, a prescindere dal titolo sulla base del quale il risarcimento è richiesto e degli elementi documentati o allegati. È proprio per questa ragione che nella dialettica processuale tra medico e paziente non è decisivo il titolo di responsabilità fatto valere dal secondo, poiché per il suo accertamento non si può prescindere dalle allegazioni delle parti e dall’espletamento della consulenza tecnica ».

In definitiva, allora, non sembra che lo strumento della canalizzazione della responsabilità verso l'ente ospedaliero paia adeguato rispetto al perseguimento degli obiettivi di riforma⁴⁷¹.

3.2. Il danno risarcibile

Conviene ora soffermarsi sul piano, logicamente successivo, (della misura) del risarcimento del danno, anch'esso disciplinato dall'art. 7 della legge Bianco-Gelli.

La nuova formulazione si pone in continuità col testo del previgente d.l. 158/2012, senza discostarsene significativamente, ove si prevedeva che « Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati

⁴⁷¹ In senso sostanzialmente concordante, in dottrina si è ipotizzato che « In questa prospettiva dev'essere, in particolare, evidenziato che in futuro la giurisprudenza, dando spazio al c.d. principio di vicinanza della prova e al meccanismo presuntivo noto con il brocardo *res ipsa loquitur*, potrebbe essere indotta a sollevare dall'onere di fornire una piena prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità della controparte anche il paziente che agisce in via aquiliana nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, così finendo, tra l'altro, per colmare una di quelle differenze tra il regime della responsabilità della struttura e quello della responsabilità del medico che dovrebbero far sì che le pretese risarcitorie da *malpractice* medica si concentrino sulla prima e non sul secondo » (cfr. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Seconda parte), cit., 784.

Sul criterio della vicinanza della prova – il quale specifica la regola di base fornita dall'art. 2697 c.c., con il risultato di attribuire ad una parte, pur non essendone gravata, l'onere di fornire una prova che si trova più prossima o di cui ha (una più facile) disponibilità – oltre a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., si legga Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., secondo cui « la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla ». In senso analogo, cfr. Cass. 21 luglio 2003, n. 11316; Cass. 27 aprile 2010, n. 10060; Cass. 25 marzo 2016, n. 5961; Cass. 23 marzo 2018, n. 7250; Cass. 2 settembre 2019, n. 21939, tutte in Banca dati *OneLegale*. Tale principio, in realtà, è stato impiegato anche in materia giuslavoristica, in materia di vizi del bene compravenduto, di contratti bancari, di responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, etc.

L'uso, giudicato abusivo, del ricorso presuntivo da parte della giurisprudenza è messo in luce anche da R. PUCCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco*, cit., 367, il quale osserva uno « scostamento della regola operativa rispetto al principio [n.d.r. secondo cui la prova del rapporto eziologico compete al paziente] », al fine di invertire l'ordine del carico probatorio.

Infine, M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, cit., 273, avverte come la divaricazione probatoria verrebbe altresì stemperata dalla disciplina del concorso *ex art. 2055 c.c.* (in caso di congiunta evocazione in giudizio, da parte del paziente, del medico e della struttura), dalla quale sorge un vincolo di solidarietà tra tutti i debitori. In tal caso, infatti, « l'attore in giudizio soddisfa l'onere una volta che riesca a dimostrare, oltre all'unitarietà del fatto, la sussistenza del criterio di imputazione nei confronti di uno soltanto dei corresponsabili ».

articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo »⁴⁷².

L'art. 7, quarto comma, della riforma afferma, infatti, che « Il danno⁴⁷³ conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata⁴⁷⁴, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo »⁴⁷⁵.

Il riferimento agli artt. 138 (per le lesioni di non lieve entità) e 139 (per le lesioni di lieve entità) del Codice delle assicurazioni private (di seguito, anche solo "cod. ass.") – di cui in giurisprudenza si è affermata, di recente, la retroattività⁴⁷⁶ – è espressione della volontà del legislatore di contingentare gli eccessi risarcitori, così sottoponendo la classe medica ad

⁴⁷² Prima della riforma Balduzzi, ad onor del vero, la giurisprudenza – riconoscendo un ruolo preminente alle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, al quale veniva affidato un ruolo paranormativo – tendeva ad escludere l'applicazione, in via analogica, dei criteri del codice delle assicurazioni alle lesioni non derivanti da responsabilità civile automobilistica. Sul punto, cfr. Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Dir. fisc. assic.*, 2011, 1568 ss., con nota di M. GAGLIARDI, *Ancora su equità e tabelle: Milano capitale d'Italia (almeno per la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona)? Segnali contrastanti*.

⁴⁷³ Viene meno il riferimento al danno "biologico", fatto viceversa proprio dal decreto Balduzzi. Con sentenza 16 ottobre 2014, n. 235 (in *Danno resp.*, 2014, 1021 ss., con nota di A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*), la Corte Costituzionale, anche in applicazione delle sentenze dell'11 novembre 2008, ha giudicato l'art. 139 cod. ass. quale consentanea alla risarcibilità del danno morale, che costituisce componente del danno biologico.

⁴⁷⁴ Il criterio del codice delle assicurazioni viene dunque esteso, rispetto al previgente decreto Balduzzi, anche al risarcimento del danno cagionato dalla struttura sanitaria. Tale decreto, infatti, non chiariva se il cennato criterio risarcitorio fosse applicabile anche ai danni non ricollegabili all'attività del singolo professionista. Cfr. R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., 799 ss.

⁴⁷⁵ Per M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 83 s., si tratterebbe di una « norma "assicurativamente" orientata » e che, almeno nelle intenzioni, corregge le incertezze applicative, di fonte giurisprudenziale, nella determinazione del risarcimento, così consentendo una più prevedibile assunzione del rischio. In realtà, più che di un'idea « di matrice quasi indennitaria » occorrerebbe discorrere di un sistema standardizzato (per punti, cioè), ma sempre di tipo risarcitorio.

⁴⁷⁶ Cass. 11 novembre 2019, n. 28990, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, con nota di M. MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica*.

un'esposizione, anche nel *quantum*, più contenuta⁴⁷⁷ e garantendo una più certa assicurabilità del relativo rischio⁴⁷⁸.

In realtà, se, in riferimento all'ultima delle disposizioni citate, la regolamentazione ministeriale è giunta a predisporre dei criteri per la quantificazione dei punti di invalidità⁴⁷⁹, al momento non sono ancora entrate in vigore « specifiche tabelle uniche per tutto il territorio della Repubblica » (una Tabella Unica Nazionale, cioè) che consentano di apprezzare economicamente le lesioni all'integrità psico-fisica comprese tra i dieci e i cento punti percentuali (art. 138 cod. ass.)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ F. GELLI – M. HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, cit., 12 s. L'obiettivo della standardizzazione dei criteri di liquidazione giudiziale del danno appartiene alle disposizioni di carattere sistemico (E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, cit., 212).

⁴⁷⁸ In ordine ai rapporti tra responsabilità civile e dinamica assicurativa, si consenta il rinvio al precedente capitolo I, nonché, sempre con riguardo alla materia *de qua*, cfr. F. BENATTI, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in *Resp. med.*, 2018, 23 ss.

⁴⁷⁹ Giova ricordare che tale disposizione, in quanto prevede una limitazione di responsabilità rispetto al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona, è stato oggetto di censura, ritenuta inammissibile da Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, cit., che, sulla scia di Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 132, in Banca dati *OneLegale*, ha ritenuto che il meccanismo standard di quantificazione, recato dal censurato art. 139 cod. ass., fosse costituzionalmente compatibile. Si legge, infatti, che « in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata - in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi - la disciplina in esame, che si propone il contemperamento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza ».

Il diritto all'integrale riparazione del danno alla persona (su cui G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67 ss.) lungi dall'essere considerato quale valore assoluto, deve, infatti, essere correttamente bilanciato con altri valori fatti propri dalla disciplina in esame, a tacer del fatto che, in ogni caso, l'art. 139 cod. ass. consente al giudice di personalizzare l'importo risarcitorio, eventualmente aumentandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato.

Si tratta, infine, di comprendere se tale sistema, giudicato costituzionalmente legittimo con riguardo alle microlesioni, possa ottenere lo stesso *favor* per il risarcimento delle lesioni di non lieve entità, ove la violazione del diritto alla salute appare più severa e, al contempo, più pressanti divengono le esigenze di tenuta del sistema sotto il profilo del contenimento dei costi.

⁴⁸⁰ Nondimeno, pare opportuno precisare che, lo scorso 16 gennaio 2024, il Governo ha approvato uno Schema di decreto del Presidente della Repubblica, contenente un regolamento recante « la tabella unica del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità tra dieci e cento punti, comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso ai sensi dell'articolo 138, comma 1, lettera b), del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 ». Tuttavia, con provvedimento n. 164 del 20 febbraio 2024 (cfr. il sito <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/105486-265>), il Consiglio di Stato ha emesso parere negativo, sospendendo la bozza del decreto. Per un primo esame, cfr. G. PONZANELLI, *La Tabella Unica Nazionale ex art. 138 Codice delle Assicurazioni: il Consiglio di Stato bocchia la bozza di Decreto del Governo*, in *Danno resp.*, 2024, 194 ss.

In mancanza di sua effettiva attuazione, il richiamo operato dalla novella del 2017 alla r.c. auto riguarda, oggi, il solo settore delle microlesioni, per le quali, quindi, dovrà farsi ancora riferimento alle (diverse) tabelle di elaborazione giudiziale⁴⁸¹.

Ora – a prescindere dai parziali approdi della normazione secondaria, pur censurabili, in quanto continuano a mantenere esposto il professionista e la struttura agli esborsi derivanti dalle lesioni macropermanenti, quindi maggiormente onerose (e meno gestibili in assenza di copertura assicurativa)⁴⁸² – se, per un verso, il ricorso al sistema tabellare garantisce maggiore uniformità e certezza nella determinazione del danno, per un altro, a destare perplessità è proprio l'estensione che il legislatore ha operato al settore della responsabilità professionale medica dei criteri risarcitori previsti, dagli artt. 138 e 139 cod. ass., per i sinistri conseguenti alla circolazione di veicoli a motore e natanti: a rivelarsi quantomeno eccentrica è, infatti, la comparazione che il legislatore ha effettuato tra due settori sì distanti ed eterogenei⁴⁸³.

Al di là della diversa fenomenologia dei rapporti che si instaurano, da un lato, secondo una disposizione asimmetrica, tra medico e paziente e, nel settore r.c. auto, tra danneggiato e un

⁴⁸¹ Per un approfondimento sul sistema tabellare, ancora in ordine al delicato profilo della coesistenza di più Tabelle giudiziali, cfr. G. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 246 ss., nonché, da ultimo, ID., *Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza*, in *Contr. impresa*, 2021, 1027 ss.

⁴⁸² Come sottolinea G. PONZANELLI. *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 149, con riguardo al regime Balduzzi, l'effetto della mancata implementazione sarà che « I premi potranno, però, scendere solo impercettibilmente, visto che la parte più significativa del valore economico del premio è costituita dalle lesioni non lievi ». Quanto meno temperata risulterà, dunque, la capacità di questi interventi di intervenire sui denunciati eccessi risarcitori. Concorde, in questo senso, C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 440, il quale sottolinea che il ridimensionamento di « eventuali mire “predatorie” » potrà aversi solo con l'approvazione della Tabella Unica Nazionale.

In ogni caso, occorre considerare come, a seguito dell'approvazione della riforma Gelli, le modifiche introdotte dalla legge 24/2017 agli artt. 138 e 139 cod. ass. sembrano, almeno secondo l'interpretazione resa da ultimo in giurisprudenza, voler dilatare il perimetro del risarcimento del danno alla persona. Si consideri, da ultimo, Cass. 11 novembre 2019, nn. 28989, 28988 e Cass. 17 ottobre 2019, n. 26304, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, con note di G. PONZANELLI, *La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona* e di F. DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le “tabelle” romane e bocchia quelle milanesi?*.

⁴⁸³ Su cui, con riguardo alla riforma del 2012, cfr. G. PONZANELLI, *op. cit.* 145 ss., il quale individua nel provvedimento « la precisa volontà del legislatore del 2012 di portare fuori dall'ordinaria applicazione delle tabelle giudiziali la seconda area di maggiore frequenza di danni alla persona [...] ». In quella sede, l'A. esprime alcune perplessità in ordine all'estensione dei parametri degli artt. 138 e 139 cod. ass. al settore del danno sanitario.

Sul punto, G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., 731, ritiene di ridimensionare l'incongruenza prospettata, rilevando che « [p]er la verità, vi sono progetti di legge che tendono ad unificare le tecniche di risarcimento del danno alla persona, essendo del tutto indifferente la causa del danno, ma rilevante invece il tipo di lesione subita dal danneggiato ».

terzo del tutto estraneo (e dei relativi rischi), preme osservare come altrettanto diversamente si configurino le dinamiche assicurative nei settori che si commentano⁴⁸⁴.

In effetti, nel settore della responsabilità civile automobilistica vige un obbligo assicurativo bilaterale c.d. *third-party* (che compete, dunque, tanto in capo alle imprese d'assicurazione, quanto alla platea degli automobilisti assicurati), che, invece, nell'ambito dei danni da attività medica, opera solo unilateralmente (cioè con riguardo alle strutture e agli esercenti) nè, in ogni caso, in capo al paziente, il quale potrà semmai stipulare una *first-party insurance* a copertura delle spese sanitarie o delle conseguenze di eventuali infortuni⁴⁸⁵.

Pertanto, rispetto alla responsabilità sanitaria non sembrano sussistere⁴⁸⁶ le ragioni che avevano condotto la Corte Costituzionale ad avallare una limitata risarcibilità del danno alla persona *ex art. 139 cod. ass.*, la quale aveva evidenziato la necessità di contenere, nel *quantum*, i premi assicurativi, sì da consentirne l'accesso alla copertura ad un numero maggiore di utenti.

La disciplina in commento deve essere coordinata, infine, con la (peculiare) previsione (dell'art. 7, terzo comma) che richiede al giudice di tenere conto, ai fini della quantificazione del danno, della condotta tenuta dall'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 (sempreché, com'è chiaro, ne sia già stata accertata la responsabilità).

A partire dal (mero) tenore testuale della norma (un vero e proprio "*rebus*"⁴⁸⁷) sembra verosimile argomentare come la condotta posta in essere dal professionista sanitario – esclusa, dunque, quella dell'ente – e foriera di un evento dannoso, possa condurre ad un duplice ordine di conseguenze sul piano risarcitorio: per un verso, seguendo un'ottica premiale, la scrupolosa osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali si tradurrebbe nel dovere del giudice di mitigare l'entità del risarcimento⁴⁸⁸; per un altro verso, del tutto speculare,

⁴⁸⁴ M. FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, L. n. 24 del 2017)*, cit., 1046 ss.

⁴⁸⁵ Cfr. G. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, cit., 149 e M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1047.

⁴⁸⁶ *Contra*, Cass. 11 novembre 2019, n. 28990, cit., allorchè afferma che « La trasposizione del criterio tabellare previsto dal C.A.P. al settore della responsabilità sanitaria trova fondamento nelle analoghe esigenze sottese alle controversie risarcitorie che interessano le due materie, esigenze evidenziate direttamente dal Legislatore nella stessa norma [...] e che debbono rinvenirsi nell'estensione del regime assicurativo obbligatorio alle strutture aziendali pubbliche e private ed ai professionisti sanitari [...]: esigenze la cui composizione in un equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto ha superato il vaglio della verifica di costituzionalità (Corte Cost. sentenza 16 ottobre 2014 n. 235 [...]) ».

⁴⁸⁷ In questo senso, P. ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1123 ss.

⁴⁸⁸ Questa lettura in senso "promozionale" della norma è – condivisibilmente – da ritenersi più convincente in quanto, in sintonia con l'impianto complessivo (e la *ratio*) della riforma, è volta alla mitigazione degli eccessi della responsabilità sanitaria (non certo ad un suo inasprimento) e agli effetti che ne sono derivati (tra tutti,

il comportamento gravemente negligente del medico, dunque violativo delle previsioni di cui all'art. 5, condurrebbe all'affermazione di un incremento, nel *quantum debeatur*, del risarcimento dovuto al paziente danneggiato (e la funzione perseguita sarebbe, in questa seconda ipotesi, sostanzialmente punitiva)⁴⁸⁹.

Ora, anche ad ammettere la correttezza ermeneutica dell'una o dell'altra, preme sottolineare come, a connotare ciascuna delle opzioni prospettate, sia un dato comunemente eccentrico rispetto alla grammatica tradizionale della responsabilità civile: l'idea, cioè, che tale sistema, incentrato sulla sfera giuridica del danneggiato, leso dall'evento dannoso e protagonista dell'intera vicenda risarcitoria, sposti l'attenzione sulla condotta tenuta dal danneggiante, quindi sulla sfera giuridica di questi, sì da influenzare la determinazione del quanto dovuto⁴⁹⁰; e che, in altri termini, la liquidazione del danno subito dal paziente non muti a seconda di quanto sia stato imprudente, imperito o negligente l'operato del professionista sanitario⁴⁹¹.

fenomeni di medicina difensiva). In questo senso, cfr., tra gli altri, M. FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, L. n. 24 del 2017)*, cit., 1051 s.; N. SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1351 ss. (in part. 1356 s.); L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co.3, l. 8-3-2017, n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss., secondo cui « l'unica lettura sistematicamente plausibile dell'art. 7, l. 24/2017 sembra essere quella per cui la determinazione del risarcimento, che il giudice svolge anche tenendo conto della « condotta dell'esercente la professione sanitaria », trova il proprio limite massimo nel pregiudizio sofferto dalla vittima, fungendo, tuttal più, da ragione di maggiore approssimazione a esso dell'obbligazione risarcitoria, nei casi in cui si avverta l'insufficienza delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. ».

P. ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, cit., 1134 ss., manifesta alcune perplessità sul piano operativo: « Bisogna, dunque, constatare che nella riforma Gelli non emerge né questo, né alcun parametro alternativo tramite il quale modulare la riduzione risarcitoria da applicare a favore del sanitario, per cui la determinazione ridotta del ristoro dovuto alla vittima finisce per rimanere rimessa totalmente alla discrezionalità del giudice ».

Si tratta di comprendere, infine, se il principio di integralità del risarcimento che, stando alla giurisprudenza della Consulta, non godrebbe di copertura costituzionale, possa essere derogato dal legislatore al ricorrere di interessi pubblici tali da consentire una compressione, anche alla luce della limitazione già imposta dal rinvio agli artt. 138 e 139 cod. ass. Cfr. G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impresa*, 2015, 620 ss.

⁴⁸⁹ Ma per un corretto inquadramento, cfr. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 45 s.

⁴⁹⁰ Secondo F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., 1332 s. ragionare diversamente, invece, equivarrebbe a stabilire un legame tra la condotta e la quantificazione del danno, riportando la responsabilità civile alla sua ancestrale dimensione squisitamente punitiva. Per un approfondimento, anche in ordine alla natura e alle funzioni della responsabilità civile, si legga C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 ss.

⁴⁹¹ Al di là della previsione del legislatore, un certo tipo di riflesso, sul piano risarcitorio, potrebbe avere la colpa del medico sul danno morale del paziente: potrebbe pensarsi al caso (forse più di scuola) di una negligenza che rasenti il disprezzo per il paziente, il quale ne abbia così ricavato un'autonoma sofferenza. Anche in tal caso, tuttavia, il danneggiato non perderebbe la propria centralità nel procedimento di liquidazione del danno.

4. Un commento sugli esiti della positivizzazione: un sistema complesso di risposta al danno iatrogeno

Astraendo ora dall'analisi delle singole traiettorie di riforma – la cui trattazione partita invero rappresenterebbe un fuor d'opera – per assumere uno sguardo più sistematico, sembra che, per giungere alla (prima) razionalizzazione organica del settore della responsabilità da atto medico, il legislatore del 2017 abbia fatto proprio un modello, per così dire, combinato.

Tale disomogeneità si spiega, anzitutto, alla luce di un approccio multidisciplinare al tema della responsabilità, comprensivo, tra gli altri, di interventi legati alla prevenzione del rischio clinico (c.d. *risk management*).

Soprattutto, pur respingendo la scelta (più ardita e radicale)⁴⁹² di un sistema esclusivamente *no-fault*⁴⁹³, dal testo della novella emergono alcuni momenti – di cui non viene, però, enfatizzata la portata e – che sfuggono al perimetro di un puro modello di responsabilità civile, in quanto piuttosto appartenenti all'ambito della (latamente intesa)⁴⁹⁴ sicurezza sociale⁴⁹⁵.

⁴⁹² Intanto, a conferma di quanto rilevato, giova evocare alcune parole di F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, cit., 100, il quale sottolinea che il confronto col modello francese (su cui v. diffusamente al capitolo III) può far emergere, nella disciplina della novella, « silenzi, fragilità e... “spirito di avventura” ». Analogamente, secondo C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 444, i gravi contorni che ha assunto il problema della medicina difensiva avrebbero giustificato il ricorso a « scelte più coraggiose e radicali ». Cfr. anche M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, cit., 8.

⁴⁹³ Su cui si avrà modo di indugiare nei successivi capitoli III e IV.

⁴⁹⁴ Secondo una certa impostazione, nell'accezione sua propria, il termine “sicurezza sociale” designa quel complesso di tutele volte a garantire a tutti i cittadini mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per la “liberazione dal bisogno”, il cui raggiungimento pretende l'affermazione un'uguaglianza (non solo formale, ma anche) sostanziale. Essa si traduce, in particolare, nella previsione di misure appartenenti alla previdenza pubblica e complementare, così come relative al sistema sanitario. Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, in *Enc. del diritto. Annali*, IV, 2011, in Banca dati *OneLegale* e, in senso conforme, M. CINELLI, *Sicurezza sociale* (voce), in *Enc. del diritto*, XLII, Milano, 1990, 499 ss.

⁴⁹⁵ G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, cit., 819 s. Concorda F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 103, che rimarca la consapevolezza del legislatore di « dover costruire un sistema normativo sul magmatico terreno di confine tra responsabilità civile e sicurezza sociale soppesando costi e benefici delle scelte operate nell'una o nell'altra direzione ». Pertanto, la riforma nostrana ha rinunciato ad un modello esclusivo *no-fault* (per ragioni di tenuta finanziaria del sistema e per l'impatto che questa scelta avrebbe avuto sulla funzione deterrente della responsabilità: cfr. in questo senso anche G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 358), preferendo « optare per un regime *complesso* [corsi nostri] di responsabilità civile, inserendo all'interno della costruzione del sistema i meccanismi di sicurezza sociale necessari a realizzare l'obiettivo della “sicurezza delle cure in sanità” ».

Secondo G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... No-blame giurisprudenziale*, cit., 22 ss., si dovrebbe discorrere di una responsabilità che aspira a farsi *no-blame*. L'A., a commento del testo di legge che la Camera dei Deputati ha accolto il 28 gennaio 2016, poi passato al Senato DDL n. 2224, rileva come i meccanismi di garanzia finanziaria del risarcimento previsti dal legislatore «

D'ora innanzi, il termine “sicurezza sociale” – da non confondere con quello, pur assonante, di “assicurazione sociale”⁴⁹⁶ – verrà impiegato per indicare quelle forme di intervento dello Stato che, in ottica e funzione solidaristica (art. 3 Cost.), figlie delle moderne concezioni di *Welfare State*, sono poste a carico della collettività e sono volte a ristorare in via sistematica il singolo al ricorrere di talune – circoscritte – fonti di danno. A ben vedere, a venire in rilievo è, dunque, un fenomeno di collettivizzazione del danno alla persona (o, se si preferisce, di socializzazione delle perdite, comunque tali da incidere su situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti – il bene salute, tra tutte) non dissimile dalla dinamica assicurativa, benché accentrato in capo ad un solo “assicuratore” (*rectius*, gestore) pubblico, cui è demandata l'amministrazione⁴⁹⁷.

In chiave diacronica, in effetti, è dato scorgere un certo avvicinamento (finanche una contaminazione) degli strumenti e delle finalità della responsabilità civile al sistema della sicurezza sociale, soprattutto in considerazione della funzione di riparazione del danno fatta propria da quest'ultima⁴⁹⁸. In ogni caso, all'esito di tale processo di ibridazione – veicolato proprio dagli istituti dell'assicurazione della responsabilità civile – i due schemi di tutela del danno alla persona tuttora convivono in molti ordinamenti giuridici occidentali⁴⁹⁹.

muovono verso una conferma degli orientamenti giurisprudenziali e contribuiscono a muovere il sistema verso una logica *no-blame* senza però enfatizzare la scelta ». A chiusura, l'A. sottolinea che « sul piano risarcitorio assomiglia alla conferma normativa di un meccanismo di *no-blame* di origine giurisprudenziale per i professionisti coinvolti » (*ivi*, 24).

⁴⁹⁶ Cfr. la ricostruzione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 743 ss.

⁴⁹⁷ I benefici dei modelli di *social security* sono evidenziati, tra gli altri, da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 824 s., in quanto « permettono di riparare ogni lesione dell'integrità psicofisica estendendo l'area dei danni risarcibili, favoriscono la riabilitazione sociale e professionale della vittima, ridistribuiscono il costo dei danni in un vasto raggio [...], allocano in modo efficiente le risorse riducendo al minimo gli sprechi causati alla società dagli incidenti, comprimono i costi di transazione, scoraggiano le condotte socialmente non desiderabili e, pertanto, realizzano anche finalità deterrenti e di prevenzione sociale ».

⁴⁹⁸ Cfr. G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 6 ss., il quale attesta come tale spostamento di prospettiva incentri l'intera logica della responsabilità civile sulla funzione di riparazione, dando luogo ad un « mutamento nella percezione sociale della problematica del danno alla persona certo più coerente con i valori propri della nostra tradizione culturale trascritti nelle tavole costituzionali » (*ivi*, 16). Tale traiettoria evolutiva richiede, per contro, una certa attenzione nella selezione degli interessi protetti e, in particolare, rigore nell'adeguata perimetrazione dell'area del danno alla salute. Anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, 793 nota come il sistema italiano di riparazione del danno, facendo proprie scelte eclettiche, abbia testimoniato « in certi settori, il superamento della *tort liability* e, contemporaneamente, il progressivo ma incerto affermarsi di modelli di sicurezza sociale ».

⁴⁹⁹ Per G. COMANDÈ, *op. ult. cit.*, 61, « l'evoluzione delle regole di responsabilità extracontrattuale non rivela tanto un ineluttabile cammino della responsabilità civile verso la sicurezza sociale, quanto piuttosto il necessario incontro di due filosofie che, qualora vogliano idealmente escludersi a vicenda, sono condannate al fallimento ». Non per caso, l'A. è sostenitore di un utilizzo sinergico dell'uno e dell'altro istituto in una logica di « valutazione complessiva della risposta al problema dei danni alla persona » (*ivi*, 55) e afferma, dunque, la necessità di una soluzione che discenda dall'intersecarsi delle risposte istituzionali, rinunciando ad una secca alternatività tra

Il tema, in altre parole, tocca proprio gli strumenti giuridici di reazione al danno non patrimoniale, oggetto, nella duplice dimensione di interesse da proteggere (*an*) e nel *quomodo* della sua tutela, di crescente attenzione in letteratura a partire dalla fine degli anni Sessanta⁵⁰⁰. Con particolare riguardo all'aspetto della tutela, si osserva come anche l'esperienza italiana abbia fatto propri sistemi di riparazione fortemente (contaminati da o comunque) ispirati a logiche di sicurezza sociale, come avvenuto per il settore dell'infortunistica sul lavoro o della responsabilità civile automobilistica (ove è vigente, come si vedrà, un modello di assicurazione obbligatoria che, sostituendo la responsabilità per colpa con uno schema di *accident compensation*, ne diluisce i rischi), permettendo di raggiungere importanti risultati di protezione sociale. Al contrario, nel sistema di indennizzi della già citata L. 210/1992, invece, « si è completamente fuori dal reticolato, normativo e culturale, delle regole di responsabilità civile: non esiste una responsabilità basata sulla colpa (dello Stato), non esiste nemmeno una responsabilità basata su un criterio di imputazione diverso dalla colpa »⁵⁰¹.

4.1. L'obbligo assicurativo in campo medico

In questa sede il riferimento va, in particolare, al ruolo assegnato alle misure assicurative, le quali spingono il sistema di responsabilità a confrontarsi con esigenze di mutualizzazione delle perdite, facilitandone la riparazione.

Si pensi all'istituzione di un fondo di garanzia; alla previsione di un'azione diretta esperibile dal paziente nei confronti della compagnia d'assicurazione del danneggiante e, infine, l'attivazione di un obbligo assicurativo (unilaterale) in capo alle strutture e ai professionisti sanitari – strumenti che, nel loro complesso, sono (almeno in tesi) volti a chiudere il “cerchio”⁵⁰²

responsabilità civile e assicurazione. Anche G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 152 ss., indaga i rapporti reciproci esistenti tra il sistema di *tort* e quello di sicurezza sociale. Se la responsabilità civile si è sviluppata e continua a presentare una caratterizzazione privatistica, la sicurezza sociale, invece, assume una struttura eminentemente pubblicistica. Il primo strumento ha la funzione di riparare, prevalentemente con lo strumento monetario, la perdita, patrimoniale e non sofferta dal soggetto danneggiato; la seconda, invece, deve provvedere affinché al soggetto danneggiato siano assicurati i trattamenti idonei a rimuovere la situazione di bisogno.

Sul danno alla salute come luogo di incontro dei diversi sistemi riparatori, cfr. D. POLETTI, *Danni alla persona negli « accidenti da lavoro e da automobile »*, cit., 53 ss. e *passim*.

⁵⁰⁰ Cfr., ancora, G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 8 ss.

⁵⁰¹ Le parole sono di G. PONZANELLI, *op. cit.*, 150.

⁵⁰² Il ruolo (e l'importanza) rivestito dall'istituto assicurativo nel più ampio quadro della riforma è analizzato anche da G. ROMAGNOLI, *L'attesa per l'operatività della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1387 ss.

del sistema di responsabilità attraverso un meccanismo di socializzazione del rischio⁵⁰³: da un lato, garantendo al potenziale danneggiato la sicurezza di un soggetto capiente al quale poter rivolgere le proprie pretese risarcitorie e che possa indennizzarlo della perdita subita; dall'altro, sollevando l'esercente (o la struttura) dal rischio, che viene trasferito all'impresa d'assicurazione, di vedere seriamente compromessa la propria capacità patrimoniale.

Più precisamente, proprio con particolare riguardo all'istituto dell'obbligo assicurativo, si tende a rimarcare una funzione (di protezione) sociale, in quanto, nell'ambito di attività socialmente (e particolarmente) pericolose ma nondimeno indispensabili, gli interessi dei soggetti produttori di rischio entrano in bilanciamento con le aspettative risarcitorie delle vittime di tali attività⁵⁰⁴. All'art. 10 il testo della novella⁵⁰⁵ prevede, in capo alle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, un obbligo di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi e verso prestatori d'opera, senza escludere dall'ambito di operatività della norma i danni cagionati dal personale *a qualunque titolo*⁵⁰⁶ ivi operante⁵⁰⁷.

⁵⁰³ In tema, si legga A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., 21 ss.

⁵⁰⁴ Cfr. L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli/Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1032 ss. In materia di obblighi assicurativi, cfr. R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in (a cura di) R. CAVALLO BORGIA, *Responsabilità e assicurazione. Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2007, 307 ss.; E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010, 265 ss.; S. LANDINI, *Sottotipi di assicurazione contro i danni*, in *V. Mercati regolati*, in (a cura di) V. ROPPO, *Trattato dei singoli contratti*, Milano, 2014, 561 ss. (in part. 575 ss.); A. LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione*, cit., 161 ss.

⁵⁰⁵ Per una ricostruzione (anche) diacronica dell'obbligo assicurativo nell'ambito *de quo*, cfr. V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 301 ss. Tale obbligo era stato previsto, dalla riforma Balduzzi, per il solo esercente, su cui veniva nuovamente ricollocata l'attenzione. Solo con l'art. 27, comma 1 *bis*, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, della legge 11 agosto 2014, n. 114, in G.U., 2014, n. 190, « Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari », si è previsto un obbligo di copertura assicurativa a carico di ogni struttura sanitaria « per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale ». In realtà, nonostante la L. 189/2012 subordinasse l'effettività di tale disciplina all'emanazione di un d.P.R. che prevedesse le condizioni e il contenuto minimo di tali polizze, tale decreto non ha mai visto la luce. La legge Gelli si colloca nella direzione inaugurata dalla riforma Balduzzi e ne amplia la prospettiva.

Per alcune precisazioni in ordine all'ambito (soggettivo ed oggettivo) di applicazione della disciplina, cfr. D. ZORZIT, *La Legge Gelli e gli obblighi assicurativi: breve viaggio tra alcune questioni interpretative alla ricerca di un possibile approdo*, in *Danno resp.*, 2021, 72 ss.

⁵⁰⁶ Sono infatti compresi « coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica » e coloro che svolgono « prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina ».

⁵⁰⁷ Ai sensi dell'art. 10, quarto comma, le strutture devono rendere nota, sul proprio sito internet, la denominazione della compagnia d'assicurazione con cui hanno stipulato un contratto di copertura della responsabilità civile verso

I cennati enti sanitari sono altresì chiamati a reperire polizze assicurative a copertura della responsabilità civile verso terzi (extracontrattuale, lo si ricorda) degli esercenti la professione sanitaria ai sensi dell'art. 7, terzo comma, della legge. Tali professionisti, operanti a vario titolo all'interno di tali strutture, sono destinatari dell'obbligo di assicurarsi, con oneri a loro carico, per i danni risultanti da condotte gravemente colpose, sì da garantire efficacia alle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa *ex art. 9* (o di recupero *ex art. 12* da parte dell'impresa di assicurazione)⁵⁰⁸.

Per contro, nel caso in cui l'esercente svolga la propria attività al di fuori della struttura o, all'interno, (ma) in regime di libera professione o, ancora, si avvalga della struttura nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale assunta con il paziente, è tenuto alla stipulazione di apposite coperture, descritte all'art. 10, secondo comma, per i danni derivanti dall'esercizio della professione.

Due le principali criticità che il regime di responsabilità obbligatoriamente assicurata appalesa. La prima. L'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa viene fatto gravare unicamente sui soggetti a vario titolo coinvolti nell'esercizio della professione medica; il legislatore ha ritenuto, invece, di non introdurre un corrispettivo dovere in capo alle imprese d'assicurazione, come invece è accaduto, a partire dalla legge 24 dicembre 1969 n. 990⁵⁰⁹, nel settore della responsabilità da circolazione di veicoli e natanti⁵¹⁰.

Quali che siano le ragioni – politico-economiche o giuridiche – che hanno portato il legislatore a formulare una simile scelta⁵¹¹, preme constatare che la previsione dell'unilateralità

i terzi e verso i prestatori d'opera. Tale obbligo investe « i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa ».

⁵⁰⁸ Come correttamente evidenzia V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, cit., 304, tale previsione introduce un'ipotesi di coassicurazione indiretta, in quanto sussistono due polizze che agiscono sul medesimo rischio, ma in regime di c.d. eccesso di rischio. Il meccanismo è, in altre parole, evocativo del rapporto tra polizze "a primo rischio" e a "secondo rischio".

⁵⁰⁹ Provvedimento rubricato « Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti », poi abrogato dal comma 1 dell'art. 354 cod. ass.; la disciplina veniva così trasfusa all'interno del Codice delle Assicurazioni private.

⁵¹⁰ Con il risultato che le compagnie non possono opporre, a fronte della proposta contrattuale, un rifiuto alla stipulazione del contratto d'assicurazione: obbligo c.d. bilaterale a contrarre.

⁵¹¹ Occorre indagare il fenomeno sul piano del diritto eurounitario. La Commissione Europea, con ricorso del 20 dicembre 2006 (Causa C-518/06), in *G.U.U.E.*, 2007/C42/25, 15 ss., aveva ritenuto che « mantenendo l'obbligo a contrarre l'assicurazione responsabilità civile auto per tutte le imprese di assicurazione, comprese le imprese di assicurazione, con sede centrale in un altro Stato membro ma operanti in Italia nel quadro della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi », l'Italia sarebbe venuta meno « agli obblighi ad essa derivanti dagli articoli 43 e 49 [oggi, 49 e 56 TFUE, n.d.r.] del Trattato che istituisce la Comunità europea ». L'obbligo a contrarre imposto dallo Stato italiano era stato giudicato quale un « ostacolo non giustificato né proporzionato rispetto allo scopo perseguito ». In realtà, Corte Giust. UE, grande sezione, 28 aprile 2009, n. 518 (in *Corr. giur.*,

dell'obbligo a contrarre costituisce un limite assai ingombrante, introducendo, nel sistema, i germi di una preoccupante asimmetria tra posizioni.

La limitata disponibilità⁵¹² del comparto assicurativo ad offrire una copertura nel ramo in esame, infatti – pur motivata da un negativo, quindi sconveniente, rapporto sinistri/premi⁵¹³ –

2010, 455 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, nonché in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2263 ss., con nota di A. PIRAS, *Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo r.c. auto*), ha prima constatato che l'obbligo a contrarre in capo alle imprese d'assicurazione restringesse la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. Una simile restrizione, purtuttavia, doveva ritenersi giustificata. In adesione alle motivazioni esposte dall'Avvocatura dello Stato, la Corte – preso atto che il « numero di incidenti stradali dichiarati alle imprese di assicurazioni risulta particolarmente elevato in talune zone dell'Italia meridionale. Tale situazione ha condotto ad un considerevole aumento dei rischi finanziari cui tali imprese sono esposte in dette zone » – ha definito corretta l'imposizione « a tutte le imprese operanti sul proprio territorio un obbligo di contrarre nei confronti di tutti i proprietari di autoveicoli residenti in Italia, al fine di evitare che tali imprese si ritirino dalla parte meridionale del territorio italiano e privino in tal modo i proprietari di autoveicoli ivi residenti della possibilità di concludere l'assicurazione, peraltro obbligatoria, di responsabilità civile auto ». L'obbligo, dunque, veniva giudicato « idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non va al di là di quanto è necessario per il suo conseguimento ».

A fronte di quanto appena rilevato, a (parziale) giustificazione di un obbligo unilaterale, V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, cit., 309, sostiene l'imposizione di un simile obbligo condurrebbe ad un « ulteriore allontanamento [delle imprese, n.d.r.] dal mercato, contribuendo così a rendere ancora più difficoltoso il reperimento di polizze assicurative a prezzi sostenibili ». In secondo luogo, se nel settore r.c. auto la bilateralità è in grado di operare « perché per gli assicuratori è possibile mappare il rischio dell'assicurando in modo agevole e certo, avendo anche a disposizione un meccanismo tabellare *ad hoc* per i risarcimenti, che per altro consente una concreta riduzione dei premi assicurativi, con effetti positivi che superano la semplice relazione danneggiante-danneggiato, ma che vanno a beneficio della collettività nel suo insieme », lo stesso non si può dire per il settore sanitario. Nello stesso senso, si legga G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, cit., 269 s., il quale individua due ragioni per il mancato accoglimento della obbligatorietà bilaterale: la netta contrarietà espressa dal comparto assicurativo durante la dinamica legislativa, motivata dallo sfavorevole rapporto *premium/loss*; un possibile (secondo) intervento da parte della Corte di Giustizia che, nell'ambito in esame, potrebbe non ravvisare le stesse ragioni che l'avevano portata a giustificare un obbligo bilaterale per l'area della responsabilità civile automobilistica. Ad analoghe conclusioni perviene, altresì, G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 104 ss. (in part. 105-107).

Contra, F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., 1339-1343, il quale, sul piano dell'eventuale censura eurounitaria, che nega, ritiene sussistere ragioni di identità rispetto al settore dei danni da incidente stradale.

⁵¹² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, cit., 130, criticamente discorre, a tal riguardo, di una vera e propria « fuga 'autorizzata' degli assicuratori dal settore *med-mal*, con conseguente enorme incremento dei premi richiesti da imprese che operano in regime di sostanziale monopolio ».

⁵¹³ M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 86. Precisa V. SELINI, *op. cit.*, che, « nonostante i premi assicurativi siano inevitabilmente aumentati di pari passo con l'aumentare dei costi dei risarcimenti, arrivando a toccare negli ultimi anni cifre superiori a 500 milioni di euro (per premi contabilizzati), le imprese non hanno potuto fare altro che registrare gestioni in perdita a fronte di un rapporto *loss-premium* ormai attestatosi attorno ad una percentuale del 140% ». Attualmente, dunque, il mercato assicurativo della *medmal* appare « estremamente chiuso e poco concorrenziale, in cui sono le compagnie straniere, specialmente americane, a fare da padrone [...] ». Cfr. anche G. PONZANELLI, *op. cit.*, 360 s.

contribuisce a rendere arduo, per i protagonisti della scena sanitaria, il reperimento, sul mercato, di polizze che coprano la *medical malpractice* a condizioni accessibili e sostenibili, compromettendo la tenuta dell'intero sistema di responsabilità sanitaria.

Se l'alleggerimento dell'esposizione risarcitoria del professionista, (quantomeno) promossa dalla riforma, può rendere maggiormente prevedibile, dunque assicurabile, il relativo rischio, consentendo dunque di avanzare prospettive ottimistiche rispetto ad un più agevole reperimento di contratti assicurativi, a medesime conclusioni risulta arduo giungere con riguardo alle strutture sanitarie, poste dalla riforma al centro dell'azione (e dell'attenzione) risarcitoria⁵¹⁴.

L'insussistenza di una Tabella Unica Nazionale⁵¹⁵ per la liquidazione delle lesioni di non lieve entità, poi, costituisce altro fattore di aggravamento del quadro appena delineato.

La fragilità descritta risulta solo apparentemente temperata dalla previsione di « altre analoghe misure » (cioè alternative all'assicurazione): tale espressione, non meglio puntualizzata dalla novella, intende descrivere i dilaganti⁵¹⁶ fenomeni di c.d. autoassicurazione⁵¹⁷ – in forza dei quali la struttura sanitaria, rinunciando alla copertura di un'impresa assicurativa, assume direttamente su di sé e gestisce in proprio l'intero rischio di responsabilità correlato a sinistri

⁵¹⁴ Per un esame sul punto, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 86.

⁵¹⁵ Sul punto, però, si consideri quanto già rilevato in ordine alla sospensione del decreto recante una Tabella Unica Nazionale.

⁵¹⁶ Ad incentivare il ricorso ad una simile prassi sarebbero, da un lato, la difficoltà degli enti sanitari di reperire sul mercato polizze assicurative (a costi e condizioni adeguate) e, dall'altro, l'accentuata asimmetria informativa che caratterizza i rapporti contrattuali tra cliente ed impresa. Tra i vantaggi recati dall'autoritenzione è possibile ricordare, oltre ad un notevole risparmio di spesa (legato alla mancata stipulazione del contratto assicurativo – quindi sul breve periodo), anche una maggiore consapevolezza alla promozione di pratiche di *risk management*. Cfr. V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, cit., 314 ss. e P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 749 ss. Per una compiuta analisi del « cortocircuito del risarcimento danni per malasanità », cfr. G. PELLISSERO - W. ROSSI - A. TITA - P. LURASCHI, *L'alternativa all'obbligo di assicurazione per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera*, in (a cura di) F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, cit., 685 ss.

⁵¹⁷ Per una prima analisi, cfr. M. GAGLIARDI, *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1219 ss. (in part. 1221 ss.); G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno resp.*, 2015, 329 ss.

sanitari⁵¹⁸ – ma si riferisce anche ad ipotesi di *SIR (Self Insured Retention)*⁵¹⁹, che invece definisce un meccanismo di auto-ritenzione parziale che permette alla struttura assicurata di “scorporare” dal contratto assicurativo rischi di minore importo, i quali vengono internalizzati, per trasferire all’assicuratore la sola quota di rischio più gravosa.

L’altro principale polo di criticità – l’emanazione del decreto attuativo in materia di obblighi assicurativi – è stato superato dalla pubblicazione, in tempi recentissimi, del decreto del Ministero delle Imprese e del Made in Italy n. 232 del 15 dicembre 2023 in tema di obbligo assicurativo in capo alle strutture e agli esercenti la professione sanitaria⁵²⁰ (la cui emanazione, almeno stando alla lettera dell’art. 10, sesto comma, avrebbe dovuto verificarsi entro centoventi giorni dalla data dell’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco⁵²¹); decreto al quale la

⁵¹⁸ Si tratta di un’operazione affatto agevole, in quanto presuppone, oltre a specifiche competenze attuariali, una programmazione economica che consenta di accantonare nel conto economico dei bilanci degli enti sanitari riserve modulate, cioè somme destinate alla riparazione del danno, secondo una misura volta a soddisfare tutte le richieste risarcitorie. L’omessa previsione di accantonamenti dettagliatamente adeguati (e resi intangibili, quindi immuni rispetto a richieste creditorie diverse da quelle di risarcimento) recherebbe con sé, infatti, il rischio di pregiudicare le esigenze di tutela dei soggetti danneggiati da strutture in regime di auto-ritenzione. Cfr. P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., 749 ss., il quale conclude che « Considerata la profonda differenza tra la struttura organizzativa dell’azienda sanitaria e quella dell’impresa di assicurazioni è, peraltro, del tutto evidente che le prime possono riprodurre in modo solamente embrionale ed incompleto il sistema di gestione del rischio delle seconde ».

⁵¹⁹ Tale suddivisione descrittiva si ricava da G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, cit., (in part.) 108 ss. Sul punto, anche G. PELLISSERO - W. ROSSI - A. TITA - P. LURASCHI, *L’alternativa all’obbligo di assicurazione per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d’opera*, cit., 685 ss.

⁵²⁰ Tale decreto è composto da 19 articoli e contiene la disciplina, tra i vari aspetti, dei requisiti minimi di garanzia dei contratti d’assicurazione (artt. 3-8) ai sensi dell’art. 10, commi 1-2-3, della l. n. 24/2017 (in particolare, il riferimento è all’oggetto della garanzia assicurativa, alla sua efficacia temporale, ai massimali, nel minimo, di garanzia, al diritto di recesso dell’assicuratore e agli obblighi informativi che gravano sugli esercenti e sulle strutture e, ancora, alle eccezioni opponibili). Le “altre analoghe misure di copertura” e le loro condizioni generali di operatività trovano, invece, disciplina agli artt. 9 ss., cui si rinvia.

Inoltre, laddove la struttura opti per l’assunzione diretta dei rischi, il decreto prevede la costituzione di un “fondo rischi” (art. 10) e di un “fondo riserva sinistri” (art. 11).

Infine, l’art. 18 del decreto fissa in 24 mesi (dalla sua entrata in vigore) il termine per l’adeguamento dei contratti ai requisiti minimi stabiliti dal decreto; termine applicabile, altresì, per le misure organizzative e finanziarie relative alle “altre analoghe misure”.

Per un approfondimento, cfr. M. HAZAN, *Il decreto attuativo della Legge Gelli: luci ed ombre*, in *Diritto e Giustizia*, 4 marzo 2024.

⁵²¹ All’art. 10, sesto comma, la novella aveva rinviato ad un decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della riforma la puntuale definizione degli obblighi assicurativi. Si trattava, però, di una tempistica per nulla coerente, se è vero che tale decreto doveva essere emanato « di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dell’economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti l’IVASS, l’[...]ANIA, le Associazioni nazionali rappresentative delle strutture private che erogano prestazioni sanitarie e sociosanitarie, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali

letteratura affidava speranze⁵²² (forse, fin troppo ottimistiche) di risoluzione delle lacune del sistema assicurativo delineato dalla novella, difficilmente emendabile in ragione della mancanza di un obbligo a contrarre in capo alle imprese⁵²³.

4.2. L'azione diretta

Il secondo strumento tipicamente assicurativo è rappresentato dall'azione diretta⁵²⁴. A tal riguardo, l'art. 12 della riforma stabilisce che, eccettuate le ipotesi rese dall'art. 8, « il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private [ex art. 10, comma 1] e all' esercente la professione sanitaria [ex art. 10, comma 2] ».

Dalla legittimazione passiva all'azione diretta sembra rimanere, quindi, esclusa l'impresa di assicurazione con la quale il professionista abbia stipulato una polizza ai sensi dell'art. 10, comma 3: in tal caso, trattandosi di obbligazioni distinte, in applicazione dell'ordinaria disciplina dell'art. 1917 c.c., il danneggiato avanzerà le proprie pretese nei confronti del responsabile civile, il quale esperirà una chiamata in garanzia dell'impresa assicuratrice⁵²⁵.

maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, nonché le associazioni di tutela dei cittadini e dei pazienti [...] ».

⁵²² Come sottolinea M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 90, al decreto veniva affidata la risoluzione di alcuni nodi problematici: la compatibilità delle polizze prestate sotto il precedente regime; la definizione del limite del massimale minimo; il regime delle eccezioni; la possibilità di prevedere franchigie o scoperti; la sopravvivenza (o meno) delle polizze con tacito rinnovo.

⁵²³ Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile è prestato, ai sensi dell'art. 11, secondo il metodo *claims made*. Per un primo esame, si rinvia a G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di polizze claims made*, Torino, 2023; A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1061 ss.; A. VOLPATO, *Le stagioni dell'assicurazione claims made e le persistenti incertezze applicative*, in *Danno resp.*, 2022, 169 ss. Sul punto, si vedano le novità introdotte dal decreto n. 232 del 15 dicembre 2023.

⁵²⁴ Tale istituto è altresì previsto nella disciplina dell'assicurazione per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e natanti (art. 144 cod. ass.); nel caso del trasporto aereo (art. 942 cod. navigazione); per i danni derivanti dall'attività venatoria (art. 12, Legge 11 febbraio 1992, n. 157); etc.

Per un generale inquadramento dell'istituto, si rinvia a A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., 213 ss. e a E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, cit., 303 ss., cui si rinvia anche per la definizione della posizione assunta dal terzo danneggiato rispetto al contratto.

⁵²⁵ G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, cit., 112. Per M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno resp.*, 2017, 319 ss. sono anche escluse le garanzie procurate dalle strutture a favore dei professionisti strutturati, soggetti al regime aquiliano. Sul punto cfr. l'analisi di P. GAGGERO, *L'azione diretta dal soggetto danneggiato*, in (a cura di) G. ALPA, *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017*, n. 24, cit., (in part.) 613 ss.

Al fine di evitarne la neutralizzazione, l'efficacia della previsione sull'azione diretta è poi rafforzata, sul piano processuale, dall'impossibilità per l'assicuratore di opporre al danneggiato le eccezioni derivanti dal contratto⁵²⁶, purchè « diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 10, comma 2 » (art. 12, secondo comma).

A chiusura della disciplina l'art. 12 prevede, anzitutto, l'instaurazione di un litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) tra impresa assicurativa, convenuta in giudizio, e cliente (struttura o professionista); la prima ha, nei confronti dell'assicurato, un diritto di rivalsa; l'azione diretta, infine, è soggetta allo stesso termine di prescrizione che avrebbe l'azione esperibile dal danneggiato nei confronti della struttura ospedaliera ovvero dell'esercente.

Astraendo dalle specificità del contesto sanitario, dell'istituto dell'azione diretta si è esaltata, in particolare, l'attitudine riparatoria, in quanto consente di rafforzare la tutela del danneggiato, garantendogli una celere identificazione di un soggetto cui avanzare pretese risarcitorie; carattere che depone ad ulteriore conferma delle istanze di protezione sociale di cui si fa promotore il contratto d'assicurazione per la responsabilità civile⁵²⁷.

Evidentemente, allora, nel più ampio ambito dell'assicurazione obbligatoria⁵²⁸ il terzo danneggiato viene ad assumere una posizione centrale e di preminente rilievo: non solo è beneficiario della prestazione indennitaria (come pure accadrebbe in regime d'assicurazione volontaria) ma l'esigenza di protezione del suo diritto è amplificata sino al punto da giustificare

⁵²⁶ Con l'espressione "eccezioni derivanti dal contratto" si intendono le eccezioni che, benché attinenti alla patologia del rapporto assicurativo o derivanti da limitazioni di operatività, sono volte ad affermarne l'inefficacia funzionale. Sono, invece, escluse da questo novero (risultando quindi opponibili) le sole eccezioni che si fondano sull'inesistenza del contratto o la sua nullità assoluta e genetica (non già quelle che ne affermano l'inefficacia o la più generica invalidità). Cfr. M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, cit., 325.

⁵²⁷ In questo senso, pur con riguardo al (diverso) contratto di assicurazione per la responsabilità civile automobilistica, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., 791, secondo il quale « La preminente logica riparatoria dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, che consente di individuare celermente un soggetto solvibile al quale imputare il danno nella sua totalità, dimostra l'incidenza dell'assicurazione obbligatoria sulla struttura e sulla funzione sociale della responsabilità civile e induce a considerare i danneggiati come portatori di un interesse «quasi pubblicistico» ». Così, P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., 756.

⁵²⁸ Questo non significa, però, ammettere un'alleanza indissolubile. Come rileva D. POLETTI, *L'azione diretta per gli « accidenti » derivanti dall'esercizio dell'attività e della professione sanitaria*, in (a cura di) G. IUDICA, *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 351 ss., infatti, vi sono delle fattispecie di assicurazioni obbligatorie che rinunciano all'azione diretta (si pensi, ad esempio, all'assicurazione degli avvocati o per la responsabilità civile del notaio).

l'assegnazione di un'azione diretta che gli consenta, in via esclusiva, di pretendere dall'impresa, a questi contrattualmente estranea, la soddisfazione del proprio credito risarcitorio conseguente al fatto dannoso dell'assicurato⁵²⁹.

Se è vero, quindi, che l'azione diretta pretende un immediato coordinamento con un regime di assicurazione obbligatoria, appare quantomeno lecito avanzare perplessità in ordine alla compiuta efficacia di tale strumento in un regime, quello sanitario, caratterizzato dalla previsione di un obbligo (solo) unilaterale a contrarre l'assicurazione della responsabilità civile (che quindi rende meno probabile l'individuazione di un assicuratore)⁵³⁰.

4.3. Il fondo di garanzia

A corredo (e chiusura) del sistema degli obblighi assicurativi la novella⁵³¹ prevede l'istituzione di un Fondo di garanzia per i danni derivanti dalla responsabilità sanitaria – strumento che pure si colloca nella direzione di garantire, alla platea dei soggetti danneggiati, una sicurezza sostanziale della riparazione⁵³².

⁵²⁹ R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, cit., 317 ss.

⁵³⁰ R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 317 ss.

⁵³¹ F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la Legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, (in part.) 1773 ss. commenta la previsione, ad opera della riforma Balduzzi, di un fondo di garanzia.

⁵³² Emergono, nuovamente, funzioni e strutture proprie di un sistema di *social security*. Il significato sistematico rivestito dal fondo di garanzia, più generalmente inteso, è avvertito da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., 798 ss.: secondo l'A., infatti, l'istituzione dei fondi correggerebbe le imperfezioni del sistema assicurativo e testimonia « l'ulteriore aspirazione del sistema italiano a risarcire incondizionatamente le lesioni dell'integrità psicofisica anche mediante la previsione di meccanismi di sicurezza sociale ». Si tratterebbe, in definitiva, di « Un significativo esempio di un modello misto che tende a combinare strumenti risarcitori e di sicurezza sociale ». Analogamente, R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, 323, sottolinea come i fondi, al cui *genus* pure quello descritto appartiene, « sembrano costituire un raccordo tra sistema assicurativo e sistema della sicurezza sociale ».

L'importanza rivestita dai fondi di garanzia è altresì rilevata da G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 56 ss. ove sottolinea che « Il mercato assicurativo assume un ruolo preminente nella problematica del danno alla persona investendone quasi ogni suo profilo. È attraverso il mercato assicurativo che viene di fatto resa «sicura» la risarcibilità del danno con previsioni di assicurazioni obbligatorie e di fondi di garanzia per il caso di danneggiante non assicurato ». Commentando l'esperienza dei fondi di garanzia, l'A. ne definisce, sia pur con riguardo al (non dissimile) Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada, la natura. Vale la pena rievocarne le parole: « [...] il sistema previsto dal legislatore combina le diverse filosofie sottostanti a queste risposte istituzionali. Infatti, l'intervento del Fondo [...] presenta solo la prima delle due caratteristiche proprie delle assicurazioni sociali (fondamento *ex lege* e automaticità della garanzia) e trova comunque il suo presupposto base, almeno dal punto di vista del finanziamento, in un rapporto contrattuale di tipo privatistico ».

Tale Fondo⁵³³ è alimentato dal versamento di un contributo annuale⁵³⁴ dovuto dalle imprese « autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria »; la gestione delle risorse del Fondo è affidata, con apposita convenzione del Ministero della Salute, alla CONSAP (Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.)⁵³⁵.

Il Fondo è chiamato ad intervenire, risarcendo il danno cagionato da responsabilità sanitaria, in soli tre ordini di casi: « a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura [...] ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'articolo 10, comma 6⁵³⁶; b) qualora la struttura [...] ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; c) qualora la struttura [...] ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa » (elencazione da ritenersi tassativa⁵³⁷).

Pur perseguendo sicure funzioni di solidarietà sociale⁵³⁸, il Fondo di Garanzia *ex art. 14* non assume, però, i connotati di un vero e proprio piano di tipo indennitario, in quanto interviene sì

⁵³³ Per un commento generale, si legga W. ROSSI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 677 ss., (pur non condividendosi, dello scritto, l'accostamento del Fondo *ex art. 14* col sistema del francese *ONIAM*); nonché N. CALLIPARI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, cit., 637 ss.

⁵³⁴ Sulle cui modalità di calcolo, si rinvia a C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la "legge Gelli"*, in *Corr. giur.*, 2017, 759 ss.

⁵³⁵ Ai sensi dell'art. 14, comma 2, compete al Ministero della Salute disciplinare la misura del contributo dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per la responsabilità civile contro i danni causati da responsabilità sanitaria; le sue modalità di versamento; i principi cui dovrà uniformarsi la convenzione di cui al comma 1; infine, le modalità di intervento del Fondo, il suo funzionamento e il diritto di regresso nei confronti del responsabile del sinistro.

⁵³⁶ La disposizione è giudicata insufficiente da W. ROSSI, *op. cit.*, 680 s.

⁵³⁷ G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, cit., 113. In questo senso, anche C. CHESSA, *op. cit.*, 760. Peraltro, a esclusione del caso *sub lett. a)*, le altre due ipotesi appaiono sostanzialmente coincidenti ai casi di operatività del Fondo delle vittime della strada e del Fondo delle vittime della caccia. L'A., inoltre, rileva che, a fronte del regresso esperibile dal Fondo nelle ipotesi *sub a)* e *c)*, per il caso descritto dalla lettera *b)*, invece, lo strumento di cui beneficia il Fondo è la surrogazione legale.

⁵³⁸ G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 356 ss.

a indennizzare il terzo danneggiato, ma solo in via sussidiaria e al ricorrere dei particolari casi stabiliti dalla legge⁵³⁹.

Secondo un'impostazione che deve ritenersi corretta⁵⁴⁰, si tratterebbe, infatti, di una garanzia integrativa: più precisamente, guardando alla sua funzione, essa è chiamata ad intervenire in via sostitutiva (e non aggiuntiva rispetto all'indennizzo già garantito dall'assicuratore); l'onere di tale contribuzione proviene dalle stesse imprese d'assicurazione ma, a ben vedere, finisce per gravare in capo alla platea degli assicurati obbligati alla stipulazione di una copertura assicurativa.

In conclusione, deve rilevarsi come il finanziamento del Fondo possa, in concreto, essere frustrato dal ricorso delle strutture ospedaliere alla prassi della *self-retention* – a sua volta (verosimilmente) stimolato da una ardua reperibilità, sul mercato, di polizze assicurative a condizioni sostenibili – così neutralizzando la capacità patrimoniale del Fondo di far fronte alla sua funzione di garanzia⁵⁴¹.

4.4. (Anche) dal formante giurisprudenziale alcuni segnali di sicurezza sociale? La riscoperta dell'art. 2057 c.c.

Com'è noto, ai fini della liquidazione del danno alla persona avente effetti permanenti⁵⁴² – fattispecie che tipicamente consegue a danni da attività medica (e che, più in generale, si attesta tra le più problematiche dell'intero sistema di responsabilità civile⁵⁴³) – è ammesso il ricorso, senza alcun ordine *legale* di preferenza, ad un duplice ordine di strumenti.

⁵³⁹ Ipotesi correttamente definite « eccezionali e patologiche rispetto all'ordinario sistema basato sull'obbligo di copertura assicurativa da parte della struttura sanitaria (sia essa pubblica o privata) e del professionista sanitario » (così, N. CALLIPARI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., 639).

⁵⁴⁰ R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, cit., 321 ss.

⁵⁴¹ Sul punto, cfr. N. CALLIPARI, *op. cit.*, 642. Quindi, G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... No-blame giurisprudenziale*, cit., 28, rileva che « se i meccanismi di intervento del fondo di garanzia operano solo in caso di assicurazione e non per le “analoghe misure” si crea un circuito distorto ».

⁵⁴² Il richiamato pregiudizio è così definito in quanto, anziché perfezionarsi ed esaurirsi in un periodo di tempo preciso o circoscritto, « è destinato a prodursi continuativamente nel tempo, giorno per giorno, *sine die* ». Cfr., sul punto, F. PIAIA, *La rendita vitalizia ex art. 2057 c.c., tra discrezionalità del giudice e criteri uniformi di calcolo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 55 ss.

⁵⁴³ In effetti, come sottolinea V. ZENO ZENCOVICH, *Per una “riscoperta” della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 131 ss., la liquidazione appare particolarmente problematica nei casi di danno da attività medica. « La quantificazione del danno in questi casi appare assai difficile, o, per meglio dire, i tradizionali criteri per la liquidazione sono inadeguati. Infatti le principali voci di danno e cioè l'invalidità permanente, il danno biologico, e le spese per cure e assistenza future sono strettamente rapportate alle normali aspettative di vita del soggetto: ma queste in concreto e purtroppo non sono “normali”, poiché uno degli effetti ricorrenti della lesione è quello di abbreviarne notevolmente la durata. Inoltre la tipologia delle invalidità, pur

Il risarcimento può assumere, anzitutto, la forma – oramai invalsa nella prassi giurisprudenziale, sì da divenire routinaria – di una somma capitale (*lump sum*): la liquidazione del danno avviene tramite la c.d. capitalizzazione, ossia mediante l'erogazione dell'intero ammontare in un'unica soluzione, che però prescinde dalla specifica natura della lesione e dalle specificità del singolo danneggiato.

In secondo luogo, viene in rilievo la tecnica di cui all'art. 2057 c.c. che, ricalcando il modello germanico⁵⁴⁴, dispone quanto segue: « Quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele ».

La norma, com'è noto, disciplina il sistema della c.d. rendita vitalizia (di cui il beneficiario, cioè, ha diritto per tutta la durata della vita), oggi destinato, in via generale, ai soli danni alla persona di particolare gravità⁵⁴⁵, sottolineandone, anzitutto, il carattere di facoltà del giudice (la liquidazione « può » essere fatta) più che di diritto spettante alla parte: spetta, dunque, al prudente apprezzamento del giudice l'adozione della metodologia di liquidazione (capitale o rendita, ritenute tra loro equivalenti); rispetto a tale potere discrezionale (comunque esercitato entro i limiti dell'adeguata motivazione o dell'errore di diritto), peraltro, risulta del tutto neutra la circostanza che la parte abbia avanzato (o meno) la richiesta che il risarcimento avvenga mediante rendita (o che abbia affermato la propria contrarietà in proposito)⁵⁴⁶.

totale, non è uniforme e occorre verificare caso per caso il particolare tipo di assistenza da prestare all'infermo ». In definitiva, non è preventivabile l'incidenza che tali gravissime lesioni producono sulle aspettative di vita del danneggiato.

⁵⁴⁴ C. MAZZANTI, *Danno permanente alla persona e risarcimento sotto forma di rendita vitalizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 621 ss., ove commenti al par. 843 del BGB.

⁵⁴⁵ In dottrina se ne auspica l'estensione anche alle lesioni di medio-bassa gravità: cfr. F. POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*, in *Danno resp.*, 2023, (in part.) 94.

⁵⁴⁶ In questo senso, già Cass. 28 aprile 1983, n. 2918, in *Mass. Giur. it.*, 1983: « è rimesso al potere discrezionale del giudice del merito, che procede alla liquidazione del danno per invalidità permanente, il ricorso al sistema della capitalizzazione del reddito del danneggiato o al criterio equitativo, che sono metodologie di liquidazione sostanzialmente equivalenti, sicché la relativa scelta non è censurabile in sede di legittimità ». Ma, più di recente, si legga l'ampia trattazione fattane da Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., con nota di F. PIAIA, cit.; in *Danno resp.*, cit., con nota di F. POIATTI, cit.; in *Resp. civ. prev.*, 2023, 97 ss., con nota (invero) critica di M. BONA, *Critica alla liquidazione del danno non patrimoniale in forma di rendita vitalizia*: « Non costituisce presupposto *ex lege* per l'applicazione dell'art. 2057 c.c. l'istanza dell'avente diritto. La norma, difatti, ha configurato la liquidazione della rendita non come un diritto della parte, ma come una facoltà del giudice, il quale può provvedervi, anche in appello, in via autonoma – non integrando tale scelta gli estremi “della questione rilevabile d'ufficio” ex art. 101 comma 2 c.p.c., ma caratterizzandosi soltanto per una diversa determinazione della forma del risarcimento –. Pertanto, abbia o non abbia la parte chiesto la liquidazione della rendita, e quand'anche abbia espressamente dichiarato di rifiutare tale forma di liquidazione, sarà sempre in facoltà del giudice provvedere in tal senso, con giudizio incensurabile in cassazione se non per illogicità della motivazione

In realtà, nonostante l'assenza di un rapporto regola-eccezione tra rendita e capitale, sembra che, di recente, la Suprema Corte abbia inteso promuovere un cambio radicale proprio in questa direzione, secondo cui la riparazione del "macro danno" in forma di rendita dovrà considerarsi quale « forma privilegiata di risarcimento »: la rendita, infatti, « consente di cogliere appieno la proiezione diacronica di tutte le componenti del danno che, di giorno in giorno, il danneggiato avrebbe subito dal momento dell'evento in poi »⁵⁴⁷.

Il richiamato potere di disporre – nell'*an*⁵⁴⁸ – la rendita, ben lungi dall'assumere contorni di arbitrarietà, oltre a pretendere un danno alla persona ed essere connotato da un carattere (naturalisticamente) permanente, trova ulteriori limiti nella necessaria considerazione delle « condizioni delle parti » e della « natura del pregiudizio », il cui ossequio non può che apprezzarsi sul piano della motivazione della sentenza: eppure, sebbene l'apparato motivazionale costituisca un aspetto meritevole di piena valorizzazione, fino ad ora il ricorso alla rendita sembra essere stato tendenzialmente sorretto alla luce di generiche affermazioni⁵⁴⁹. Ebbene, la valutazione del primo aspetto (le condizioni delle parti) consente al giudice di verificare se la rendita costituisca, nel caso sottoposto alla sua attenzione, una più valida alternativa rispetto all'assegnazione di una somma capitale. Se, con riguardo alla posizione del danneggiato, oltre al rischio di una gestione prodigale del capitale, legato a situazioni di

[...] o per errore di diritto [...], come, ad esempio, allorché il calcolo della rendita non rispetti il disposto dell'art. 1223 c.c., oppure non si accompagni alle adeguate cautele prescritte dall'art. 2057 c.c. ».

Per alcune osservazioni critiche sul profilo del rilievo officioso e la perdurante attualità della sua giustificazione, cfr. M. FRANZONI, *La scoperta dell'art. 2057 c.c.*, in *Danno resp.*, 2023, 269 ss.

⁵⁴⁷ Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, cit. In questo senso sembrano anche deporre i *Principles of European Tort Law (PETL)* e il *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ivi richiamati. Se nei primi, infatti, si afferma che « Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim » (art. 10:102), il *DCFR* sembra porre una regola più elastica, sicché « Compensation is to be awarded as a lump sum unless a good reason requires periodical payment ».

⁵⁴⁸ Con riguardo, invece, alle modalità di quantificazione della rendita, utili sono i chiarimenti resi da Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, cit.

⁵⁴⁹ Come rileva F. PIAIA, *La rendita vitalizia ex art. 2057 c.c., tra discrezionalità del giudice e criteri uniformi di calcolo*, cit., 57, « almeno quanto all'*an* della soluzione rateale, si è finora ridotto, nella (ancor modesta) esperienza giurisprudenziale, a ben poca cosa, traducendosi, il più delle volte, in un mero, generico richiamo alla «oggettiva gravità della situazione» ovvero al «carattere permanente del danno e all'impossibilità di stabilire, in modo oggettivo, una durata presumibile della vita» del danneggiato ».

svantaggio sociale⁵⁵⁰, occorre considerare condizioni personali, come l'età⁵⁵¹, o l'assoluta difficoltà di stabilire una prognosi di sopravvivenza, rispetto al debitore-danneggiante è bene verificare se si tratti di soggetto capiente, liquido ed economicamente solido (come strutture sanitarie, ove rispettose dell'obbligo assicurativo, ed imprese d'assicurazione o pubbliche amministrazioni), sì da evitare la dispersione dei capitali da erogare in favore della vittima. In questo senso, allora, si comprende il riferimento, di cui all'art. 2057 c.c., alle « opportune cautele » che il giudice stabilisce al momento dell'erogazione della vendita al fine di neutralizzare (o, quantomeno, limitare) il rischio di una possibile insolvenza del debitore, quali la stipulazione di una polizza fideiussoria da parte dell'obligato alla rendita, di una polizza *ex art. 1882 c.c.* o, più in generale, la previsione di idonee garanzie personali⁵⁵².

Con l'espressione “natura del pregiudizio”, che costituisce il secondo perno della valutazione, deve invece farsi riguardo, oltre alla sua natura permanente, all'entità dello stesso (sicchè, in caso di danno di lieve entità, dovrà generalmente preferirsi il metodo, qui meno gravoso, *una tantum*). In realtà, tale riferimento sembra più rinviare alla necessità di valorizzare piuttosto la funzione compensativa del risarcimento: la selezione della tecnica liquidatoria, in altre parole, deve perseguire la finalità di garantire la migliore soddisfazione possibile al danneggiato⁵⁵³.

Com'è chiaro, dall'adozione dell'una o dell'altra tecnica liquidatoria discendono conseguenze sul piano economico, specie se si considera che, come peraltro di recente ribadito dalla Terza Sezione, sul piano funzionale, la rendita vitalizia, non essendo assoggettata ad una disciplina speciale, rientra nelle previsioni di cui agli artt. 1872 ss. c.c.⁵⁵⁴, con la conseguenza che, ad esempio, il danneggiante-debitore non potrà liberarsi dall'obbligazione con l'offerta del pagamento di un capitale (art. 1879 c.c.).

⁵⁵⁰ In questo senso, in Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, cit., si legge che « nel caso di macroinvalidità (specie se comportino la perdita della capacità di intendere e di volere), in quello di lesioni subite da un minore per il quale una prognosi di sopravvivenza risulti estremamente difficoltosa se non impossibile, in quello di lesioni inferte a persone socialmente deboli o descolarizzate (richiedenti asilo, disabili mentali o anche semplicemente macrolesi i quali già prima del sinistro si trovassero in profondo conflitto con i familiari), ovvero ancora con riguardo alle qualità del debitore (una compagnia di assicurazione, piuttosto che un privato o una Pubblica Amministrazione), sussista il serio rischio che ingenti capitali erogati in favore del danneggiato possano andare colpevolmente o incolpevolmente dispersi, in tutto o in parte, per mala fede o per semplice inesperienza dei familiari del soggetto leso ».

⁵⁵¹ In questo senso, L. BRIZI, *La liquidazione del danno alla persona mediante rendita vitalizia: una rara occasione*, in *Danno resp.*, 2019, 664 ss.

⁵⁵² Cfr. sul punto anche Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, cit.

⁵⁵³ L. BRIZI, *op. cit.*, 666 s.

⁵⁵⁴ Essa darebbe luogo, quindi, ad un rapporto obbligatorio strutturalmente aleatorio, i cui profili di alea dipendono dalla (incerta) durata della vita del vitaliziato e dalla natura della prestazione da erogare, che dipendono dallo stato di bisogno del destinatario.

Nonostante i benefici⁵⁵⁵ di una simile modalità risarcitoria – segnatamente (ed in rapida sintesi), la sicurezza di un’erogazione costante di risorse, la possibilità di modulare, nel tempo, il risarcimento (così calmierando le incertezze del dato temporale, specie sul lungo periodo e considerando l’attitudine di tali danno ad evolvere nel tempo), la neutralizzazione del pericolo dell’inflazione e del rischio di una depauperazione anticipata, l’adeguamento aggiornato al costo della vita, sì da garantire, nel complesso, l’effettività (o, se si preferisce, la – inflazionata – integralità) della tutela risarcitoria⁵⁵⁶ – l’applicazione dell’art. 2057 c.c. ha incontrato le resistenze della gran parte della giurisprudenza, rimanendo così disposizione sostanzialmente negletta (almeno sino alla riscoperta dello scorso ottobre)⁵⁵⁷: al di là delle decisioni rese in materia di danno patrimoniale (con riguardo alla menomazione della capacità lavorativa), infatti, si contano ben pochi pronunciamenti di merito, quasi tutti appartenenti al Tribunale di Milano⁵⁵⁸.

A chiusura, preme osservare che il meccanismo delle prestazioni periodiche, tipico della rendita, costituisce un elemento assai ricorrente nell’ambito di modelli di sicurezza sociale⁵⁵⁹. Pur senza anticipare la trattazione dei contenuti del Capitolo III, basti pensare, infatti, alle

⁵⁵⁵ *Contra*, M. BONA, *Critica alla liquidazione del danno non patrimoniale in forma di rendita vitalizia*, cit., 97 ss.

⁵⁵⁶ Dovranno, tuttavia, prevedersi puntuali accorgimenti per un’efficiente gestione assicurativa della rendita (rispetto alla quale, tuttavia, è possibile attingere soluzioni dall’esperienza comparatistica, anche d’Oltralpe): cfr. F. POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*, cit., 177 e A. FURLANETTO - F. MACRÌ, *Il risarcimento in forma di rendita vitalizia ex art. 2057 c.c. del danno patrimoniale futuro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1609 ss.

⁵⁵⁷ Lo rileva, tra i molti, G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 460 (ove anche riferimenti alla esperienza comparatistica in materia di rendita) il quale rileva che la norma « è rimasta quasi lettera morta tanto da originare il sospetto di un’abrogazione tacita ».

⁵⁵⁸ Fanno applicazione della rendita, tra gli altri, Trib. Milano, 14 maggio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 541 ss., con nota di M. GIACCAGLIA, *Ancora sul risarcimento del danno permanente alla persona mediante rendita vitalizia* e in *Danno resp.*, 2019, 647 ss., con nota di C. SCARPELLINO, *Danno permanente e rendita vitalizia: note in margine a una sentenza milanese* e di L. BRIZI, cit., il quale sottolinea la « scarsissima applicazione pratica » di tale strumento; Trib. Palermo, 5 luglio 2017, in *Banca dati OneLegale*; Cass. 20 aprile 2016, n. 7774, in *Ced Cassazione 2016*; Trib. Trieste, 5 aprile 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1785 ss., con nota di T. GASPARRO, *Il rinascimento del danno alla persona post. SS UU/2008 tra automatismi e duplicazioni. L’opzione della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*; Trib. Milano, 27 gennaio 2015, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1645 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Rendita vitalizia in caso di danno patrimoniale futuro e da incapacità lavorativa: criteri di determinazione* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 621 ss., con nota di C. MAZZANTI, cit. ove, in termini quasi pionieristici, il Giudice ha ritenuto che « stante la oggettiva gravità della situazione di [...], il carattere permanente del danno e l’impossibilità di stabilire, in modo oggettivo, una durata presumibile della vita dell’attrice, [...] [è necessario, n.d.r.] provvedere ai sensi dell’art. 2057 c.c. mediante la costituzione di una rendita vitalizia [...] che, tenendo conto dei valori indicati dal CTU [...], per l’importo di euro [...], per tutta la vita del beneficiario [...] e con una rivalutazione »; Cass. 18 novembre 2005, n. 24451, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

⁵⁵⁹ In questo senso, cfr. l’analisi di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., 810.

conclusioni che la (neozelandese) Commissione *Woodhouse* (il cui *Report* condurrà, nel 1972, all'adozione del primo modello integralmente *no-fault*) aveva raggiunto sul risarcimento del danno alla persona. Il ricorso al pagamento mediante somma capitale (*lump sum awards*), sebbene idoneo a soddisfare istantaneamente il desiderio (o, ancora meglio, l'ansia) di compensazione della vittima, pure evitando il rischio di eventuali oscillazioni del potere d'acquisto della moneta, in realtà non sembrava lo strumento migliore a garantire, specie sul lungo periodo, una piena riparazione.

A fondamento di questa considerazione depone, sia pur in minima parte, la capacità del danneggiato di gestire al meglio la somma capitale; soprattutto, sarebbe meramente illusionistica la convinzione di poter liquidare con esattezza, cristallizzandola al momento dell'esito del giudizio, un'unica somma di denaro, specie in presenza di danni di maggiore serietà, poichè suscettibili di variare nel tempo: « To the extent that inaccuracies must occur, whether small or great, they can never be adjusted in favour of the plaintiff because the assessments are made with absolute finality; and the occasional good fortune of some plaintiffs can bring no solace to others whose problems turn out to have been badly underestimated »⁵⁶⁰. Trattasi, dunque, di comprendere se il “segnale” di recente lanciato dalla Terza Sezione nel senso di un *favor* espresso nei confronti del modello di *social security*, sortirà un qualche effetto nel senso di mettere in discussione l'approccio tradizionale alla liquidazione del danno secondo capitalizzazione.

5. Una sintesi

A chiusura dell'analisi che si è svolta, sembra utile ripercorrere in chiave sintetica, evidenziandole, alcune delle considerazioni espresse nelle ultime pagine.

Pur senza negare la bontà delle intenzioni che hanno guidato la mano del legislatore del 2017, senz'altro equilibrate⁵⁶¹, è lecito chiedersi se le soluzioni fatte proprie dalla novella siano in grado di soddisfare le finalità, anzidette, di contrasto alla medicina difensiva e di controllo sull'eccesso di responsabilità (e risarcimento) gravante sulla classe medica.

Volendo operare una selezione, tanto l'adozione di un doppio binario di responsabilità, quanto l'incompiuta valorizzazione degli istituti assicurativi, momenti entrambi cardinali, pur

⁵⁶⁰ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, Wellington (Government Printing Office), 1967.

⁵⁶¹ Invero pregevole è, d'altra parte, l'introduzione di un sistema di *risk management*. Per un primo esame, cfr. M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., *passim*. Alcuni aspetti della disciplina saranno trattati nei Capitoli III e IV.

opportunamente volti a ribilanciare l'asse degli interessi di medico e paziente e, quindi, « avviare un dialogo con tutti i protagonisti della dinamica sanitaria »⁵⁶², finiscono per ridimensionare notevolmente l'attitudine in chiave solutoria della riforma rispetto alle criticità che caratterizza(va)no il settore della responsabilità medica.

Parimenti, i momenti di sicurezza sociale che emergono dalla trama della riforma, pur sistematicamente indicativi di una nuova sensibilità del legislatore al tema, non sembrano ancora concludenti, specie se non calati in un piano più complesso di risposta alternativa al danno.

Nondimeno, quanto osservato sullo stato dell'arte della disciplina sulla responsabilità (civile) sanitaria non deve arrestarsi a considerazioni di mera critica, (solo) parzialmente funzionali ad incoraggiare l'evoluzione del sistema.

Al contrario, all'esito di una – per così dire – *pars destruens*, sembra ora necessario interrogarsi sulla percorribilità di soluzioni istituzionali alternative che possano efficacemente promuovere, bilanciandole, le esigenze di tutti i soggetti coinvolti nell'esercizio della professione sanitaria: strutture, medici, pazienti ed imprese d'assicurazione.

A tal riguardo, allora, viene in soccorso l'analisi comparatistica che – nonostante si elegga a « indispensabile strumento di verifica dei modelli che assegnano alla disciplina dell'illecito più ampie funzioni di controllo e di direzione sociale, fino al limite di compiti *lato sensu* pubblicistici »⁵⁶³ –, almeno nel tema in esame, si attesta come fondamentalmente negletta.

Questi gli argomenti in favore di un cambio di paradigma.

⁵⁶² Queste le parole di G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, cit., 363.

⁵⁶³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, cit., 768.

CAPITOLO TERZO

UN NUOVO METODO DI RIPARAZIONE DEL DANNO: I *NO-FAULT COMPENSATION FUNDS*.

ANALISI DELL'ESPERIENZA COMPARATISTICA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA **

SOMMARIO. PARTE I – INTRODUZIONE AL SISTEMA DEI *COMPENSATION FUNDS*. 1. Prologo: il declino del modello colposo – 2. Alcune premesse a proposito dei *no-fault compensation funds* – 3. Origine, dinamica e ambito di applicazione dei fondi indennitari: le carenze del paradigma aquiliano – 3.1. Tassonomia e ambito di applicazione dei fondi indennitari – 4. Luci ed ombre del modello indennitario: uno sguardo ai danni da atto medico – 4.1. Le funzioni: *deterrence* e (livelli di) *compensation* – 4.2. I fondi indennitari alla prova dei diritti fondamentali (uguaglianza e difesa).

PARTE II – I (PRIMI) CINQUANT'ANNI DEL *NO-FAULT ACCIDENT COMPENSATION SCHEME* NEOZELANDESE. 5. Premessa: introduzione e perimetro dell'indagine – 6. Origine e sviluppo dell'*Accident compensation scheme* – 6.1. Gli esordi (1967): il *Woodhouse Report* e i suoi principi guida – 6.2. L'approvazione dell'*Accident Compensation Act 1972* e le successive riforme – 7. L'attuale disciplina dell'*ACC Scheme* – 7.1. L'*Accident Compensation Corporation* – 7.2. Il finanziamento del Fondo ("*Funding*") – 7.3. I destinatari ("*Cover*") – 7.4. La compensazione ("*Entitlements*") – 7.5. La procedura e i suoi gravami ("*Claims process*" e "*Dispute resolution*") – 8. I danni da *medical treatment* – 8.1. Le riforme: dalla nozione di "*medical misadventure*" a quella di "*treatment injury*". Il ridimensionamento del ruolo della colpa – 8.2. Una nuova disciplina per il danno da trattamento sanitario: genesi ed obiettivi dell'*Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2005*. Il superamento della '*blaming culture*' – 8.3. « *Treatment injury is a personal injury* » – 8.3.1. La nozione di « *personal injury... caused by an accident* » – 8.4. « *...suffered by a person seeking treatment [...] or receiving treatment [...] or referred to in subsection (7)* ». La nozione di "*Registered health professional*" – 8.5. « *Treatment* »: la nozione di trattamento medico – 8.5.1. « *Treatment includes [...] a failure to provide treatment, or to provide treatment in a timely manner* »; « *Treatment injury means personal injury that is [...] not a necessary part or ordinary consequence, of the treatment [...]* »: segnali normativi di un ritorno alla colpa? – 8.6. « *caused by...*»; « *[...] wholly or substantially caused by a person's underlying condition* »; « *[not achieving] a desired result* »: il paziente deve provare il nesso causale ("*causation*") – 9. Il perimetro esterno all'*ACA* – 9.1. "*Illness*" vs. "*accident*" – 9.2. L'esclusione della *common law action*.

PARTE III – IL SISTEMA FRANCESE DI *INDEMNISATION DES ACCIDENTS MÉDICAUX*: UN PARZIALE RICORSO AL METODO *NO-FAULT* (CENNI). 10. Il *fonds d'indemnisation* introdotto dalla *Loi Kouchner* (4 marzo 2002) – 11. L'*ONIAM* e la procedura d'indennizzo – 11.1. I criteri di accesso e il perimetro del fondo indennitario – 11.2. Fondamento e quantificazione dell'indennizzo – 12. Il regime ordinario (ma bipartito) di responsabilità civile (cenni) – 12.1. In particolare: le infezioni nosocomiali – 13. Conclusioni: il sistema belga di riparazione del danno da atto sanitario.

PARTE I – INTRODUZIONE AL SISTEMA DEI *COMPENSATION FUNDS*

* *ACKNOWLEDGMENTS*. Part of the research that forms the basis of chapters 3 and 4 was undertaken during a research period (October 2022 - February 2023) as a visiting scholar at the University of Auckland and Auckland Law School (Aotearoa New Zealand), which the Author gratefully acknowledges. Thus, I wish to thank Professor Jaime King and Dr. Nikki Chamberlain for their precious and invaluable assistance with the subject matter. I also wish to record my deepest gratitude to Professor Jo Manning for the most inspiring insights on medical law. I am also grateful to Dr. Anna Hood for the help.

* *REMERCIEMENTS*. Une partie de l'analyse qui constitue la base des chapitres 3 et 4 a été faite pendant une période de recherche (septembre 2023 - octobre 2023) comment chercheur invité à l'IRJS (Université Paris 1-Sorbonne). Je tiens à remercier infiniment Monsieur le Professeur Jonas Knetsch pour l'aide, pour sa disponibilité et ses idées inspirantes sur le sujet.

1. Prologo: il declino del modello colposo

Il secolo scorso è protagonista di un radicale mutamento di prospettiva nella teoria dell'illecito civile.

Nel periodo storico indicato, infatti, oggetto di preminente e progressiva attenzione da parte degli ordinamenti giuridici è la tutela degli interessi non patrimoniali, specie nell'ambito di settori a « rilevante rischio sociale »⁵⁶⁴ – quali l'infortunistica sul lavoro, la circolazione stradale, la responsabilità sanitaria, nonché quella derivante da prodotto difettoso, etc. – ove, anche in ragione della rilevanza costituzionale dei cennati interessi, si avverte la necessità di offrire una protezione più rapida ed intensa rispetto a quella garantita dal tradizionale modello aquiliano.

L'attenzione in particolare dedicata a questi settori non è certo casuale: al di là delle questioni sociali sottese e della frequenza di tali incidenti, in numero affatto decrescente (cui corrisponde, in ultima istanza, una moltitudine di soggetti colpiti), può ricordarsi la serietà dei danni che ne discendono, oltre all'invero ardua individuazione di un comportamento colposo in capo ad un certo soggetto, cui si è tuttavia faticato a rinunciare⁵⁶⁵.

In tali casi, al fine di garantire una più intensa tutela alle categorie di danneggiati, il legislatore ha optato per una revisione dei criteri di imputazione della responsabilità, operazione che sovente ha condotto, per quanto d'interesse, ad un deciso allontanamento dall'elemento soggettivo, il quale, per questa via, non si rende più – in taluni casi – presupposto necessario per il sorgere dell'obbligazione risarcitoria.

⁵⁶⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, 779 ss.

⁵⁶⁵ F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 221. Questi problemi sociali, che l'ordinamento italiano senz'altro condivide con quello svedese, portano l'A. a interrogarsi sulla discordanza delle risposte offerte. La ragione viene individuata nella prudenza del legislatore « nell'adeguamento della disciplina normativa ai nuovi problemi sociali », cui si contrappone l'audacia delle teorie proposte dalla dottrina verso un progressivo ridimensionamento del ruolo della colpa. Come suggerisce G. ALPA, *La liquidazione del danno alla persona nei progetti di riforma legislativa*, in *Corr. giur.*, 1986, 201 ss., tra le ragioni dell'attenzione rivolta al danno non patrimoniale si annovera il ruolo assunto dalla persona nella società moderna, anche in ragione dei valori ad essa riferibili; la difficile valutazione del danno; l'esigenza di offrire una protezione in caso di danni di frequente concretizzazione.

Corollario di questo fenomeno è il ridimensionamento – se non la neutralizzazione – della responsabilità per colpa⁵⁶⁶ (o, per gli autori d’oltralpe, della responsabilità individuale⁵⁶⁷).

L’opera di necessario adattamento della responsabilità civile alle (vuoi per fonte di rischio, vuoi per tipologia di pregiudizio arrecato, vuoi, ancora, per la diffusione dello stesso) nuove esigenze di riparazione del danno è passata, anzitutto, per la (crescente) fioritura di fattispecie di responsabilità oggettiva⁵⁶⁸, spesso assicurata – soluzione, questa, giudicata talvolta insufficiente o per l’inadeguata considerazione di finalità preventive ovvero per l’inidoneità dello strumento a garantire, in tempi rapidi, un’riparazione certa e prevedibile nel suo ammontare⁵⁶⁹; al fine di meglio tutelare i beni giuridici sopra ricordati, allora, gli ordinamenti hanno dovuto sperimentare altri – e ben più innovativi – fenomeni di socializzazione (parziale

⁵⁶⁶ Così, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 649 ss. L’A. ricorda come « l’affermazione di una responsabilità oggettiva non è mai stata fine a sé stessa, ma è stata sempre intesa come espressione di scelte di fondo che hanno portato a privilegiare, a seconda delle tendenze, una funzione di razionalità economica ovvero obiettivi di solidarietà sociale ». In questo secondo senso (nei termini di una tutela dei terzi esposti al pericolo derivante dall’esercizio dell’attività pericolosa), cfr. l’opera di M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 176 ss. Il primo significato si deve, invece, all’opera di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., (opera orientata nel senso di imprimere razionalità economica al sistema): la responsabilità oggettiva, a differenza della colpa, sarebbe in grado di garantire una migliore allocazione delle risorse mediante un processo di internalizzazione dei costi.

Secondo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., in realtà, alla responsabilità per rischio dovrebbe assegnarsi un mero valore descrittivo, privo, quindi, di un « particolare significato sistematico » (*ivi*, 176). Nel ridimensionare il ruolo svolto dalla colpa, posto al pari degli altri criteri di imputazione della responsabilità (*ivi*, 148), l’A. prende invece le mosse dal fatto dannoso, giacché – riferisce – « Quale che sia il criterio in questione, comune a tutti è la funzione di imputare un evento determinato (fatto dannoso) non già ad una *azione soggettiva* [...], ma ad un soggetto, sì che l’accertamento in fatto della colpa determina la nascita dell’obbligazione di risarcimento allo stesso modo in cui la determina, ad esempio, l’accertamento della qualità di proprietario nell’ipotesi prevista dall’art. 2053 » (*ivi*, 151).

Per una critica al “*fault system*”, giudicato del tutto inadeguato per fare fronte agli obiettivi di « general and specific deterrence, spreading, justice, and even efficiency » è infine imprescindibile il riferimento a G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven e London, Yale University Press, 1970, 307 ss. e *passim*.

Nel senso del superamento della colpa, cfr. anche C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 739, ove l’A. rileva che « a emergere dalla legislazione particolare sono i nuovi connotati della responsabilità civile, portatori di una prospettiva antagonista rispetto all’individualismo di cui l’imputazione per colpa è espressione [...] ».

⁵⁶⁷ Il riferimento è a G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965.

⁵⁶⁸ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 19, rileva come « Regole speciali, in netta crescita negli ultimi venti anni, prescindono, invece, dalla colpa e ricollegano l’onere risarcitorio a carico di un soggetto in base a un diverso principio [...] » e sottolinea una più forte presenza dello Stato nella responsabilità civile (*ivi*, 21).

⁵⁶⁹ Cfr. G. D’AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Resp. med.*, 2019, 147 ss. e, più ampiamente, G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 290 ss. e *passim*.

o integrale) del rischio, anch'essi emancipati dal modello colposo⁵⁷⁰, quali i programmi di *compensation* statali o parastatali.

Tali ipotesi, infatti, prendono le distanze dal tradizionale modo di intendere la responsabilità civile quale rapporto esclusivamente bilaterale tra danneggiante e danneggiato, per individuare un terzo soggetto – per così dire – “collettivo”, come garante del costo di taluni pregiudizi. Pertanto, nel momento in cui il peso economico del danno si sposta dal singolo autore ad una collettività (più o meno ampia) di soggetti, viene meno la necessità di individuare una specifica responsabilità in capo al primo.

Come correttamente evidenziato in letteratura, si tratta di modelli che si collocano al di fuori del « reticolato, normativo e culturale, delle regole di responsabilità civile », in quanto « si è bene al centro di un sistema di sicurezza sociale nel quale lo Stato diventa l'assicuratore per eccellenza dei rischi che possono incidere su situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti »⁵⁷¹.

È in questo senso, dunque, che si è assistito ad una « progressiva trasformazione dei modelli di responsabilità in sistemi di *social security* »⁵⁷², i quali, nei particolari settori sopra cennati, fanno propria una mutualizzazione più o meno accentuata dei rischi, rendendo chiaro uno spostamento di attenzione che tanto il legislatore quanto la giurisprudenza ha maturato « dalla responsabilità alla riparazione »⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Come sottolinea F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., 679, l'elemento comune alle numerose regole speciali di responsabilità civile sarebbe dato dalla « imputazione della responsabilità che si discosta più o meno sensibilmente dal criterio della colpa verso criteri sempre più marcati di responsabilità oggettiva [...] ». Acutamente C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 36, rileva come, in effetti, « l'assicurazione contro i danni si rivela rispetto alla responsabilità senza colpa molto meno dissimile di quanto lo schermo giuridico-formale possa fare intendere »: non si tratterebbe più, infatti, di « valutare la rispondenza di un comportamento a una regola di condotta, bensì di regolare nel modo più adeguato socialmente le conseguenze negative del danno ». Residua senz'altro una diversità di forma giuridica (cui corrisponde un'identità distinta), che trova la propria origine in ragioni storiche e di funzione.

⁵⁷¹ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 150.

⁵⁷² Ancora, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., 781. Sul rapporto tra responsabilità civile e sicurezza sociale, cfr. il lavoro di S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in (a cura di) M. COMPORI - G. SCALFI, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 19 ss. (in part. 21 s.): dall'incontro tra questi due modelli, la responsabilità civile, avverte l'A., « assume, almeno in talune aree, la funzione di avanguardia di sistemi previdenziali e assicurativi. Diventa poi uno strumento anche per la tutela di interessi generali [...]. Essa opera come strumento per la ripartizione ottimale dei costi nel sistema economico ».

⁵⁷³ L'espressione impiegata da F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 44, viene mutuata da G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948.

Esempi paradigmatici di questa tendenza si rinvencono, per quanto d'interesse, nell'esperienza degli Stati Uniti (ove la svolta decisiva verso una legislazione *no-fault* si deve all'opera di Keeton e O'Connell)⁵⁷⁴, della Francia (a partire dalla c.d. *Loi Badintier* del 5 luglio 1985, debitrice del modello americano, ma senza ereditarne soluzioni puramente *no-fault*), dei Paesi Scandinavi⁵⁷⁵, della Nuova Zelanda⁵⁷⁶, del Canada ed è, in particolare, il settore della circolazione stradale e della responsabilità da prodotto difettoso ad aver assunto in molti ordinamenti un ruolo di "catalizzatore" per l'elaborazione di nuovi modelli di riparazione del danno alla persona⁵⁷⁷.

Come sottolineato in precedenza, pure l'esperienza italiana – ove è assente una disciplina diversificata, in termini generali, per la responsabilità da violazione di interessi meritevoli di protezione – ha fatto ricorso a fattispecie variamente contrassegnate dal ricorso a tecniche di (*lato sensu*) *social security*. In questo senso, può ricordarsi la responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli (che si pone ad un livello intermedio di socializzazione, in quanto connotata da un modello di responsabilità obbligatoriamente assicurata, peraltro presidiata da fondi di garanzia), la disciplina dell'infortunistica sul lavoro (anch'essa solo parzialmente influenzata, in quanto *stricto sensu* assicurativa), nonché modelli che la letteratura comparatistica ha definito *no-fault*, ove, invece, la collettivizzazione delle perdite appare massima.

Più in chiaro, il percorso di progressivo distacco dalla responsabilità individuale conosce, come fase intermedia, l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità oggettiva, e si compie con la previsione di ipotesi di stretta *social security*⁵⁷⁸, quali i fondi indennitari, di seguito esaminati.

⁵⁷⁴ Cfr. R.E. KEETON – J. O'CONNEL, *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blueprint for Reforming Automobile Insurance*, Little, Brown, 1965, nonché il successivo R.E. KEETON, *The Case for No-Fault Insurance*, 44 Miss. L.J., 1973, 1. Per un'analisi relativa ai piani *no-fault* nordamericani, specie con riguardo al settore della circolazione stradale, si rinvia all'opera di G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 119 ss. e *passim*.

⁵⁷⁵ In Svezia, ad esempio, già a partire dagli anni '70 del secolo scorso, il legislatore ha provveduto ad eliminare progressivamente la colpa dai principali casi di danno alla persona quali, a titolo esemplificativo, da prodotto difettoso, da circolazione di veicoli, oltre a quella derivante da infortuni sul lavoro e, soprattutto, la responsabilità medica, ove l'allontanamento dalle regole di responsabilità civile appare il più marcato. Cfr. G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, 131 ss. e, più di recente, A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria. Regole, attori e problemi nel "modello svedese" di riparazione del danno alla persona*, Torino, 2000.

⁵⁷⁶ Sul punto, si rinvia all'analisi dei prossimi paragrafi.

⁵⁷⁷ L'affermazione si trova in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., 782. Cfr. più ampiamente sul tema V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance. Uno studio comparativo dei sistemi di traffic accident compensation*, Milano, 2013.

⁵⁷⁸ Un quadro viene offerto da F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 223 ss., ove quattro modelli risarcitori sono

La panoramica succintamente evocata consente, così, di individuare nell'ordinamento italiano, in luogo di un quadro unitario ed omogeneo, una « pletora di micro-sistemi di sicurezza sociale »⁵⁷⁹ i quali derogano, secondo un'intensità di volta in volta variabile, al tradizionale modello di responsabilità civile (colposo), talvolta sostituendolo.

Ebbene, al di là della sussistenza di una moltitudine di sistemi indennitari, peraltro tra loro assai divergenti, in risposta al danno alla persona, molti autori segnalano soprattutto la faticosa – se non impossibile – coesistenza tra il sistema di *tort liability* e quello di *accident compensation*⁵⁸⁰. La difficile convivenza di tali modelli era stata peraltro oggetto di note “profezie” avanzate nel secolo scorso, le quali concludevano per la supremazia del paradigma indennitario (e la sua prevalenza, in definitiva, sul rimedio aquiliano); eppure, almeno rispetto all'esperienza giuridica italiana, non sembra che queste abbiano trovato un loro compiuto avveramento⁵⁸¹.

esposti in ordine di « sempre maggiore distacco dal principio generale di responsabilità per colpa »: nell'ordine, responsabilità medica e danno da farmaco; responsabilità da circolazione di veicoli; altri sistemi di responsabilità oggettiva obbligatoriamente assicurata; infine, il distacco più intenso è rappresentato dalla disciplina relativa agli infortuni sul lavoro, quale « primo fenomeno sociale di incidenti di massa ». Cfr. altresì A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., 813 ss., il quale rileva la discontinuità e la lentezza con cui il sistema italiano di riparazione del danno si è evoluto.

⁵⁷⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, 792. Dopo aver squalificato i fondi di garanzia e i modelli di assicurazione per la responsabilità civile, in quanto inadatti e poco rispondenti alle esigenze di un sistema di sicurezza sociale, l'A. avanza la proposta di un modello unitario di alternativa all'illecito civile, in grado di garantire uniformità ed effettività nella distribuzione delle risorse, presidiato da un unico ente assicurativo con funzione sociale a carattere di mutualità, il quale trovi la propria fonte (non già nell'autonomia privata, bensì) direttamente nella legge. *Contra*, F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 237, secondo il quale « neppure potrebbe dirsi pienamente appagante ai fini di un soddisfacente programma di indennizzo dei danni alla persona, un sistema puro di sicurezza sociale o un sistema puro di assicurazione della responsabilità civile ».

⁵⁸⁰ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, *passim*. C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 26 ss., ad esempio, evidenzia la problematicità dei rapporti tra codice civile e leggi speciali, soprattutto laddove la legislazione particolare si connota per l'assenza di un disegno unitario, lasciando spazio a un quadro disordinato e torrentizio e, in definitiva, ad una pericolosa sovrapposizione tra discipline.

⁵⁸¹ Si tratta di J. SMITH, *Sequel to Workmen's Compensation Acts*, in *Harvard Law Review*, 1914, 27, 235 e 344 ss. (in part. 363), ove l'A. rileva come i principi base della *common law* e il sistema di *accident compensation* fossero inconciliabili e che « In the end, one or the other of the two conflicting theories is likely to prevail. There is no probability, during the present generation, of a repeal of the Workmen's Compensation Acts. Indeed, the tendency is now in the direction of extension, rather than repeal, of this species of legislation. The only present available method to remove the inconsistency is by bringing about a change in the existing common law, either by legislation or by judicial decisions ».

A sostegno di un modello colposo, cfr. O.W. HOLMES, *The Common Law*, Cambridge, Massachusetts, and London, John Harvard Library, rist. 2009, 88, secondo cui « As between individuals it might adopt the mutual insurance principle *pro tanto*, and divide damages when both were in fault, as in the *rusticum iudicium* of the admiralty, or it might throw all loss upon the actor irrespective of fault. The state does none of these things, however, and the prevailing view is that its cumbrous and expensive machinery ought not to be set in motion unless some clear

Tra i vari problemi che scaturiscono da tale composito assetto normativo, occorre considerare, in prima battuta, il contemperamento – tutt’altro che agevole – tra il principio di eguaglianza costituzionale (garantito all’art. 3) e le varie leggi speciali che assicurano trattamenti normativi differenziati a seconda del contesto di produzione del danno⁵⁸².

Ora, più che considerare tali molteplici sistemi alla stregua di mere ipotesi eccezionali (sempre che di eccezioni si tratti⁵⁸³) in quanto frutto di un certo immobilismo legislativo (o comunque di uno sguardo disorganico alla materia), è bene quindi comprendere gli stessi in una chiave di sistema.

Il nostro studio investirà, in particolar modo, l’applicazione dei modelli di *accident compensation* alla responsabilità sanitaria⁵⁸⁴, correttamente definita « un ideale punto di incrocio tra esigenze privatistiche e esigenze pubblicistiche »⁵⁸⁵.

In effetti, almeno entro i confini nazionali, il settore dei danni derivanti da *malpractice* sanitaria – su cui si è riferito nel capitolo che precede – risulta perlopiù estraneo alla tendenza alla progressiva socializzazione delle regole di responsabilità civile. Il rigetto di istanze *no-fault* e la conservazione del tradizionale modello colposo si pongono, tuttavia, in evidente

benefit is to be derived from disturbing the status quo. State interference is an evil, where it cannot be shown to be a good. Universal insurance, if desired, can be better and more cheaply accomplished by private enterprise ». La profezia di Smith è oggetto di più recente verifica ad opera di J. FLEMING, *C’è un futuro per i torts?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 271 ss. (in part. 293 ss.), ove si constata come, salvo eccezioni, un modello doppio sia stato oggetto di soluzioni definitive (non già temporanee). Sul punto, cfr. altresì F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L’esperienza italiana a confronto con « l’alternativa svedese »*, cit., 219 ss. e G. PONZANELLI, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 3. Nel confermare la profezia di Smith, l’A. (*ivi*, 25) rileva come « Il superamento della colpa rimane sempre interno, però, alle linee della responsabilità civile, ma non riesce di per sé a imporre, con la dovuta plausibilità e forza ricostruttiva, un generale sistema di «*accident compensation*» destinato a confluire in un regime di «*social security*» ».

⁵⁸² Sul punto, F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, 234; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., 815 e *passim*.

⁵⁸³ C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L’assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 44 s., ove rileva che le previsioni legislative ulteriori rispetto alla regola della responsabilità colposa trascendono il piano su cui si assegna la qualifica di eccezionalità. In particolare, avverte l’A., « con riguardo al principio che ricollega la responsabilità civile alla colpa infatti, in termini logici, può dirsi fare eccezione solo una norma che in presenza della colpa escluda la responsabilità [...] o comunque una norma che preveda un effetto giuridico diverso. Già una disposizione che [...] preveda la responsabilità in assenza della colpa, non può a rigore dirsi eccezionale ».

⁵⁸⁴ Come ricorda P.G. MONATERI, *La responsabilità civile “individualista” e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*, in *Danno resp.*, 2023, 5 ss., il sistema dell’illecito entra in crisi allorchè si richiede ad uno strumento individualistico – quale la responsabilità civile – di gestire « fenomeni sociali ripetibili di massa », conducendo quindi l’A. a domandarsi se non esistano altri, più adatti meccanismi. Tra i settori ad « alta densità di ripetitività » si individua la responsabilità medica.

⁵⁸⁵ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 198.

controtendenza rispetto all'esperienza di altri ordinamenti giuridici, vicini o lontani, i quali hanno da tempo ricercato (e, in molti casi, adottato) risposte istituzionali alternative ai *torts*⁵⁸⁶. Le ragioni di tale ricerca risiedono, oltretutto nella presa d'atto dei fallimenti del *tort system* (su cui v. *infra*), nella considerazione per cui l'attività medica, nel suo evolversi verso una gestione sempre più collettiva ed imprenditoriale, quindi partecipata da una pluralità di soggetti e svolta all'interno di strutture complesse, rende invero ardua – se non del tutto infruttuosa – l'individuazione di precise responsabilità individuali⁵⁸⁷: emblematico è il caso in cui il danno ricorra in conseguenza di un *deficit* organizzativo o di una carenza di mezzi, fattore talvolta ineliminabile. Per vero, la necessità di un diverso approccio al settore della *malpractice* si giustifica, altresì, nella (intrinseca) complessità scientifica degli interventi terapeutici (la quale concorre a spiegare l'inadeguatezza del tradizionale modello colposo)⁵⁸⁸ e nella ricerca di un sistema che favorisca, con funzioni di prevenzione (più che stigmatizzanti), l'emersione dell'errore⁵⁸⁹.

Particolare attenzione verrà, quindi, dedicata alla nebulosa categoria dei *no-fault compensation funds*, oggetto di più approfondita indagine nella letteratura comparatistica.

2. Alcune premesse a proposito dei *no-fault compensation funds*

Sembra utile prendere le mosse da una riflessione avanzata, già nel 1976, dal giurista statunitense Richard Epstein: « We might once have had high hopes about the capacity of the legal system or of the medical profession to generate a set of rules that would vindicate all just expectations and *only* just expectations; but medical malpractice is a business which, because of the intractable nature of its subject matter, will yield even at its best only very imperfect

⁵⁸⁶ Sul punto, G. D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, cit., 147, il quale conferma come la responsabilità civile (del medico o della struttura), non rappresentando certo la sola risposta possibile ai pregiudizi derivanti dallo svolgimento dell'attività sanitaria, sarebbe stata affiancata da altre soluzioni dal carattere anche preminente.

⁵⁸⁷ Cfr. la convergente analisi di G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 164 s. e di V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 297 ss. (in part. 338-340). Correttamente l'A. pure evidenzia che « condannare al risarcimento un ente pubblico comporta semplicemente trasferire la spesa sulla fiscalità generale, oppure, peggio, sottrarre risorse al funzionamento del servizio sanitario ». In questo senso, si legga anche l'opera di M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 89 ss., il quale evidenziava – ben prima – come, a rimanere esclusi dal perimetro di tutela offerto dalla responsabilità civile fossero quei « danni c.d. anonimi, che pur rappresentano una (ancora) consistente voce negativa del bilancio delle conseguenze dell'attività di prevenzione, cura e riabilitazione ».

⁵⁸⁸ Così, I. PARTENZA, *Le colpe della colpa: i benefici di un sistema no-fault per la responsabilità sanitaria*, in *Resp. med.*, 2020, 237 ss.

⁵⁸⁹ L'analisi si limita, in questa sede, ad anticipare alcune delle questioni che si approfondiranno *infra*.

results. The question is not how we can make the system perfect; that cannot be done. The only question worth asking is how we can make the system better than it is today »⁵⁹⁰.

Il giurista italiano non è solito individuare, in caso di eventi sanitari avversi, strumenti alternativi al modello tradizionale di responsabilità imperniato sulla colpa.

In effetti, la nostra letteratura giuridica non conta approfonditi studi sul tema dei c.d. *no-fault compensation funds* (che, per le ragioni esplicitate nel prosieguo, definiamo sin d'ora “fondi” o “piani indennitari” *no-fault*), in altri ordinamenti impiegati in risposta ad eventi di *medical malpractice*: un silenzio tanto più inatteso quanto più si consideri come tale istituto sia tutt'altro che estraneo al diritto italiano della responsabilità civile.

Nonostante siano già state adottate diverse e variegate forme di tali fondi (come peraltro si è avuto modo di esporre nel Capitolo I della trattazione), a difettare tuttora è uno studio che s'incarichi di ricostruire, per la prospettiva italiana, le principali caratteristiche che tali fondi si trovano a condividere, così come il loro rapporto con gli (altri) strumenti chiamati, per tradizione, a svolgere analoghe funzioni *lato sensu* risarcitorie: la responsabilità civile e i contratti d'assicurazione, fattispecie entrambe privatistiche, oltre alla protezione offerta dalla rete di sicurezza sociale (strettamente intesa), di carattere, invece, pubblicistico⁵⁹¹.

Per tali ragioni, il confronto con la letteratura comparatistica⁵⁹² – protagonista del concepimento e dell'elaborazione della nozione di “*compensation funds*” – è, quindi, non solo suggerito ma sostanzialmente imposto.

In ogni caso, il ricorso, in quest'ambito, all'analisi di diritto comparato può rivelarsi prezioso in relazione ad una pluralità di scopi: anzitutto, a favorire l'emersione di una serie di tendenze

⁵⁹⁰ R.A. EPSTEIN, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, in *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1, No. 1 (1976), 87 ss. (91).

⁵⁹¹ Pregevoli, benché non specificamente attinenti ai profili di responsabilità sanitaria, e comunque isolate, le analisi condotte, sul punto, da G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 9 ss.; G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 1 ss.; F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 219 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, cit., 763 ss.; D. POLETTI, *Danni alla persona negli « accidenti da lavoro e da automobile »*, cit.

⁵⁹² Sul punto, si leggano le molto apprezzabili opere di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, Paris, 2013; K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023; T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020; S. MACLEOD – C. HODGES, *Redress Schemes for Personal Injuries*, London, 2017; W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Wien-New York, 2007.

generali tra sistemi giuridici, così dimostrando la portata universale⁵⁹³ delle questioni sottese (oltrechè, ma a soli fini descrittivi, la diversità degli approcci impiegati per farvi fronte)⁵⁹⁴.

Uno sguardo comparatistico non solo conduce ad un approccio più critico verso il proprio sistema giuridico di riferimento, garantendone una più lucida comprensione, ma stimola anche la ricerca di soluzioni creative al fine di risolvere lacune e limiti di carattere interno (che, pur nelle loro peculiarità, sono spesso condivisi tra ordinamenti). In funzione predittiva, tale metodo può, altresì, consentire di anticipare future tendenze⁵⁹⁵.

Nel porre tra loro a confronto (v. Parte II e III del presente capitolo) sistemi giuridici – quello francese e quello neozelandese⁵⁹⁶ – per ragioni evidenti, assai distanti, s'intende mettere in evidenza, da un punto di vista di micro-comparazione, come lo stesso problema sociale – in breve, il danno iatrogeno – sia stato oggetto di soluzioni *no-fault* divergenti, eppure accumulate

⁵⁹³ In questo senso, J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 10, ricorda che « Les évolutions des droits étrangers révèlent, en effet, que l'essor des fonds d'indemnisation est en réalité un phénomène qui dépasse les limites du droit français ». A riprova di ciò, può considerarsi (*ivi*, 10 s.), « la création en droit belge d'un Fonds des accidents médicaux largement inspiré du système français, et de dispositifs similaires dans d'autres pays européens; la mise en place de plusieurs fonds d'indemnisation pour les victimes de l'amiante ou du sang contaminé et l'institution aux Etats-Unis d'un fonds en faveur des victimes des actes terroristes du 11 septembre 2001 ». Si tratta di una tendenza che troverebbe riscontro anche nell'ambito delle Carte sovranazionali.

⁵⁹⁴ K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective: Introduction*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, Berlin, 2013, 1.

⁵⁹⁵ K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 515 ss. L'A. sottolinea come, con riguardo all'ambito che qui interessa, un approccio comparatistico « provides an opportunity to compare two distinct paradigms in addressing the questions of medical malpractice and compensation for medical injuries »: in primo luogo, il polifunzionalismo della responsabilità civile; in secondo luogo, l'analisi di metodi fondati sulla separazione per funzioni con separati meccanismi per ogni obiettivo.

⁵⁹⁶ La selezione di tali ordinamenti giuridici a fini di comparazione non è casuale. Tra le ragioni di una simile scelta si annovera, anzitutto, la conoscenza della lingua locale, elemento di non poco conto per un'analisi che sia scientificamente rigorosa e scevra dalle interpretazioni di terzi (sulla cui importanza v. M. VAN HOECKE, *Law and Method Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, 2015, in part. 4 ss., (accesso in data 15 gennaio 2024), disponibile in <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001.pdf>). Pur considerando quanto rilevato dall'A., secondo cui sarebbe rischioso selezionare sistemi legali radicalmente differenti dal proprio, la scelta dell'ordinamento neozelandese si giustifica in quanto fondatore del primo modello *no-fault* a copertura universale (“*comprehensive*”) del danno alla persona; va poi considerato che realtà giuridiche, anche europee, *ivi* compresa quella francese, hanno poi variamente attinto ad esso, pur rinunciando ad una sua integrale implementazione. L'analisi del modello francese consentirà invece di comprendere il trapianto del metodo *no-fault* all'interno di una cultura giuridica di *civil law* e soggetta all'armonizzazione del diritto eurounitario. Si tratta, peraltro, di un modello parzialmente *no-fault*.

dalla medesima funzione e dalla necessità condivisa di ricercare soluzioni alternative al fine di meglio svolgere i compiti tradizionalmente assegnati alla responsabilità civile⁵⁹⁷.

A chiusura di questa premessa, sembra utile prendere le mosse, in prima battuta, dall'analisi del metodo “no-fault”⁵⁹⁸ – posto a fondamento della meccanica dei citati *compensation funds*⁵⁹⁹ – la cui comprensione passa anche attraverso il piano delle differenze con gli altri strumenti di riparazione del danno alla persona.

La locuzione è ben lungi dall'identificare un fenomeno agevolmente rappresentabile in termini unitari⁶⁰⁰: al contrario, il termine “no-fault” si presta a descrivere una varietà di istituti tutti

⁵⁹⁷ In questo senso il fuoco dell'attenzione verrà riposto sulla specifica questione sociale (il bisogno di tutela di determinate categorie di danneggiati) e sulla risposta giuridica offerta dal sistema al fine di farvi fronte. Si tratta del c.d. *functional method* (funzionalismo): sul punto, M. VAN HOECKE, *Law and Method Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, cit., 9, rileva che « The idea behind functionalism is to look at the way practical problems of solving conflicts of interest are dealt with in different societies according to different legal systems ».

Nell'applicare tale metodo ad un'analisi dei fondi indennitari, tuttavia, non si deve giungere alla conclusione di dover restringere la comparazione al solo confronto tra sistemi dotati di un modello *no-fault* da quelli che ne sono privi; è utile, infatti, operare un confronto anche tra i vari esempi di *compensation funds*.

A prescindere dalla questione circa la bontà dei diversi metodi di comparazione, pare utile ricordare come, secondo lo studio autorevole di K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992, 42, « Different legal systems can be compared only if they solve the same factual problem, that is, answer the same legal need. In other words, the institutions of different legal systems can be meaningfully compared only if they perform the same task, if they serve the same function. Function is the start-point and basis of all comparative law ».

Anche K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 533, rileva come l'approccio funzionalista rappresenti « the dominant tendency in modern comparative legal scholarship », comunque ammonendo che « *linguistic equivalence can mask functional diversity* » (corsivi dell'A.).

⁵⁹⁸ Il termine fu impiegato, tra i primi, da R.E. KEETON, *The Case for No-Fault Insurance*, cit., 1.

⁵⁹⁹ Per una conferma circa la partecipazione dei fondi indennitari al metodo *no-fault*, cfr. L. VANHOEFF, *Compensation Funds in Belgium*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 9, nonché T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOEFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 207.

J. KNETSCH – K. WATTS, *What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related personal injury?*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, 2023, 2, confermano come i *compensation funds* operino « on a 'no-fault' basis, meaning that it is not necessary for the claimant to demonstrate to a legal standard the liability of a third person (a liability-based approach) or a legal standard of causation (a strict liability-based approach) ».

⁶⁰⁰ K. OLIPHANT, *Landmarks of No-Fault in the Common law*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 43. In effetti, A.M. LINDEN, *Faulty No-Fault: A Critique of the Ontario Law Reform Commission Report on Motor Vehicle Accident Compensation*, in *Osgoode Hall Law Journal* 13.2 (1975), 449-460 (in part. 449), dal primo A. rievocato, nel sottolineare il suo totale favore verso il metodo *no-fault*, affermava tuttavia che: « The trouble is that no-fault means different things to different people ». Una sintesi appare, dunque, assai complessa: « The fact is that there are a great variety of no-fault schemes. Some are good plans, some are all right and some are not so good. As in so many things, it all depends on the content. Each no-fault plan must be judged on the basis of what it does for the accident victim and what it costs the consumer ».

preposti a finalità risarcitorie e tutti connotati dall'assenza (*rectius*, dall'irrelevanza), all'interno della condotta pregiudizievole, di profili di colpevolezza. A non stupire, dunque, è la considerazione espressa in dottrina, secondo cui « such variety means that attempts at a definition of no-fault are liable to flounder. Almost any but the blandest proposition about no-fault can be readily falsified by counter-example »⁶⁰¹.

In effetti, la peculiarissima fisionomia di ciascun schema *no-fault* sembra dipendere dallo specifico problema (anzitutto) sociale cui lo stesso intende far fronte⁶⁰²: in altri termini, non consterebbero regole in grado di definire compiutamente i tratti costitutivi di un sistema *no-fault*, in quanto tali criteri sembrano sfuggire ad una predeterminazione generale, per essere definiti, partitamente, nell'ambito del singolo modello⁶⁰³.

Cionondimeno, nel rintracciare i tratti irrinunciabili di ogni schema *no-fault*, può anzitutto evidenziarsi come, nel collocarsi in una parabola che punta alla sicurezza sociale, esso si spinga ben oltre il modello di responsabilità civile assicurata, in quanto rinuncia del tutto ad assegnare rilevanza alle categorie della colpa o della responsabilità *tout court*, (quantomeno) come elementi necessari ai fini dell'insorgere di un'obbligazione risarcitoria al verificarsi di un evento pregiudizievole⁶⁰⁴.

Questo carattere conduce autorevole dottrina a descrivere il meccanismo *no-fault* alla stregua di una *first-party insurance* – in altri termini, un'assicurazione diretta delle vittime contro i danni – sociale o privata che sia, essendo irrilevante la circostanza che tale sistema sia gestito da un ente pubblico ovvero da un'impresa d'assicurazione⁶⁰⁵.

Ad ulteriore conferma della versatilità del fenomeno *no-fault* depone una rapida tassonomia formulata con riguardo alla legislazione statunitense: in primo luogo, verrebbero in rilievo gli “*Add-On Plans*”, caratterizzati dal semplice accostamento di previsioni assicurative alle ordinarie regole di responsabilità civile; a seguire, i c.d. “*Modified Plans*”, i quali limitano al

⁶⁰¹ K. OLIPHANT, *Landmarks of No-Fault in the Common law*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 80. L'A. riferisce come pure un'affermazione apparentemente pacifica, come l'assenza della colpa, venga talvolta posta in discussione. Si pensi al caso della riparazione del danno da reato, il quale richiede la prova di una condotta colpevole da parte della persona che ha cagionato la lesione.

⁶⁰² Cfr. nuovamente K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 43.

⁶⁰³ M. URHO, *Compensation for Drug-Related Injuries*, in *European Review of Private Law*, 2018, 4, 467 ss. (in part. 502).

⁶⁰⁴ K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 186.

⁶⁰⁵ In questi termini G. WAGNER, *Tort Law and Liability Insurance*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, 2006, 31, no. 2, 277 ss. (in part. 286 ss.).

danno alla persona di maggiore gravità il diritto del danneggiato di agire in *tort*; infine, i piani *no-fault* “puri”⁶⁰⁶, quale quello neozelandese, che eliminano del tutto l’operatività delle regole di responsabilità civile.

Sembra, quindi, opportuno soffermare l’attenzione sulla categoria dei c.d. *no-fault compensation funds*⁶⁰⁷, protagonisti della più ampia categoria⁶⁰⁸ *no-fault*.

A tal riguardo, sembra che il ricorso al sintagma “fondi indennitari” – a quanto consta, inedito – sia meglio capace di condensare e racchiudere, per la lingua italiana, alcune delle principali caratteristiche di tali “*funds*”: anzitutto, la liquidazione di una somma (tendenzialmente e necessariamente) inferiore al *quantum* di danno che la vittima otterrebbe, per le tradizionali vie della responsabilità civile, in ossequio alla clausola di integrale riparazione; a convincere della bontà del sintagma prescelto sono, in seconda battuta, esigenze di solidarietà sociale sulle cui fondamenta si giustifica il trasferimento delle conseguenze patrimoniali del danno su di un soggetto terzo⁶⁰⁹.

Pure per l’ordinamento italiano valgono le riflessioni espresse da autorevole dottrina (d’oltralpe)⁶¹⁰ in ordine al carattere polisemico del concetto di “fondo”. In effetti, il codice civile assegna al termine “fondo” una pluralità di significati, tra loro non univoci⁶¹¹: eppure, a

⁶⁰⁶ G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 325 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 124.

⁶⁰⁷ In letteratura è invalso il ricorso ad ulteriori formulazioni, quale di “*alternative compensation schemes*”. Cfr., ad es., D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Cheltenham, Northampton, 2021, 140 ss.

⁶⁰⁸ L. VANHOEFF, *Compensation Funds in Belgium*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 9, rileva come « Compensation funds are, together with no-fault liability systems and other no-fault compensation schemes part of the shift towards compensation ». Per la conferma dell’esistenza di altri modelli *no-fault*, cfr. T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOEFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 207.

Sembra, in definitiva, necessario distinguere la locuzione *no-fault* a seconda che rivesta il significato ampio e meno tecnico di “metodo” *no-fault* (la rinuncia, in definitiva, alla colpa o, talvolta, all’idea stessa di una responsabilità, comune a taluni schemi assicurativi sociali o privati) o quello, più preciso, di “piani” *no-fault*, i quali ne rappresentano una possibile estrinsecazione.

In questo senso, cfr. W. VAN BOOM - M. FAURE, *Introducing “Shifts in Compensation Between Private and Public Systems”*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., (in part.) 11 ss.

⁶⁰⁹ Il punto verrà ampiamente trattato nel prosieguo della trattazione.

⁶¹⁰ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d’indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 7 s.

⁶¹¹ Tanto che, pur con riguardo al previgente codice civile, come ricorda R. JACUZIO, voce “Fondo”, in M. D’AMELIO, *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1938, 51, « il complesso delle disposizioni del codice civile ci fa conoscere che la parola fondo è adoperata ora per denotare la superficie terrestre, ora ciò che sta sopra o sotto la stessa, ora l’una e l’altra di queste due cose. Di qui si trae la conseguenza che quando incontriamo la parola fondo

riecheggiare, in tutti i casi descritti, è proprio la sussistenza di un patrimonio, anche in quanto contrassegnato da un vincolo di destinazione: in altri termini, l'assegnazione, in forma stabile, dei beni che compongono il fondo ad un determinato utilizzo ovvero al soddisfacimento di uno scopo.

Ai nostri fini sembra, dunque, corretto poter definire, in termini generali, un fondo come « a sum of money [...] saved or made available for a particular purpose »⁶¹².

Delle varie definizioni proposte in letteratura⁶¹³ è possibile provare a desumere alcuni tratti caratterizzanti il fondo indennitario, comprendendone la natura giuridica anche in forza dei caratteri che lo allontanano dagli altri strumenti di compensazione.

Un primo aspetto attiene proprio all'esistenza di un meccanismo di compensazione che sia amministrato in maniera centralizzata da un organismo pubblico o quasi pubblico, a prescindere

o altre equivalenti, si deve esaminare che cosa il legislatore o l'uomo abbia voluto denotare, e con le regole proprie alla interpretazione della legge o degli atti determinare ciò che il legislatore o l'uomo hanno voluto intendere ».

In primis, allora, viene in rilievo la nozione di fondo agricolo: molte disposizioni – per lo più contenute all'interno del libro III – si riferiscono al fondo quale « unità immobiliare rustica o urbana » (C. FRASSOLDATI, voce “Fondo”, in A. AZARA - R. EULA, *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1961, 508) o « unità fondiaria su cui si esercita l'attività agricola di coltivazione » (C. FRASSOLDATI, voce “Fondo”, cit., 509), comunque (non agevolmente) distinta dalla più generica nozione di “terreno” in quanto connotata dal duplice tratto caratteristico dell'individualità e dell'attitudine produttiva, quale « cellula della struttura economica agraria » caratterizzata da autonoma vita giuridica (C. FRASSOLDATI, voce “Fondo”, cit., 509. Nel diritto romano, il fondo sopravviveva al mutare del proprietario o alla riunione di più fondi: esso appariva « immune, perpetuo » e capace di assorbire « tutto ciò che in esso si incorpora. Costituisce una signora assoluta »). Ancora, e sempre nell'ambito del codice civile, il termine “fondo” trova riconoscimento, ad esempio, nel settore (genericamente) societario (artt. 2428, 2442, 2478-bis, 2545-*quater*) e consortile (artt. 2612, 2614, 2615 c.c.); può infine ricordarsi, tra i regimi patrimoniali della famiglia, l'istituto del fondo patrimoniale (artt. 167 ss. c.c.).

Sotto tale nomenclatura si annoverano, nella legislazione speciale, variegate fattispecie di fondi.

⁶¹² Voce “Fund”, in *Oxford English Dictionary*, consultabile al sito https://www.oed.com/dictionary/fund_n1?tab=meaning_and_use (aperto il 26 ottobre 2023).

⁶¹³ Si tratterebbe, secondo J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 9, di « organisme qui est tenu de verser à des personnes ayant subi un dommage dans un contexte particulier, des prestations à caractère indemnitaire, peu importe qu'un fait générateur de responsabilité soit ou non réalisé en la personne d'un tiers ». Per T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *An Introduction to Compensation Funds. Current Trends and the Questions We Need to Ask*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 1, « redress structure that provides compensation to victims of accidents and other misfortune where tort law, insurance law or social security law provide no or insufficient compensation ». Infine, per K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 15, il termine designerebbe « any type of centralised system that distributes funds with the purpose of compensation or a system that purchases compensatory services for victims ».

Ancora, L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, in *European Journal of Commercial Contract Law*, 2016, 3-4, 42 ss. definiscono il fondo indennitario quale « an alternative compensation scheme in the form of capital meant for the compensation of victims whose damage is the consequence of certain circumstances, described by the law ».

dalla fonte delle risorse distribuite⁶¹⁴; a venire quindi in rilievo è il superamento della rigida separazione tra diritto pubblico e privato: il fondo indennitario, infatti, testimonia la poderosa incursione dell'autorità pubblica – incaricata della sua previsione ed amministrazione – in un ambito, quello della riparazione dei danni, che gli è tendenzialmente estraneo⁶¹⁵.

Il richiamato organismo è, quindi, responsabile del pagamento di una prestazione di carattere indennitario nei confronti di un soggetto il quale abbia riportato un danno entro un quadro – *stricto sensu* – tipico, cioè dalla legge descritto e prestabilito (c.d. “*scope*” ovvero ambito di applicazione); è viceversa irrilevante l'individuazione del soggetto terzo responsabile della produzione del pregiudizio.

Se è vero che l'aspetto da ultimo citato – la compensazione ad opera di un organismo terzo, non già dell'autore della condotta illecita – consente di avvicinare la struttura del fondo indennitario allo schema assicurativo e previdenziale, occorre nondimeno considerare che, avendo riguardo al primo modello, alla collettività potrebbe anche richiedersi il pagamento di un prelievo al fine di finanziare il fondo; eppure, sarebbe comunque assente il rapporto tra rischio e premio, che connota l'assicurazione (quindi, la contribuzione non sarebbe parametrata in base al rischio o al livello di esposizione del singolo) e la relazione giuridica instauratasi tra i contribuenti e il fondo non troverebbe la sua fonte nel contratto, bensì nella legge⁶¹⁶.

Rispetto all'istituto assicurativo, peraltro, si è evidenziato come, a prescindere dalla volontà del singolo di ricorrere o meno a tale fattispecie contrattuale, non ogni rischio possa essere assicurato. Ciò, non solo per volontà dell'impresa assicuratrice, ma anche per l'impossibilità di sussumere un certo rischio entro un contratto assicurativo: il caso è, a titolo esemplificativo, quello del danno verificatosi nell'ambito di un evento terroristico⁶¹⁷. Peraltro, la sussistenza di un obbligo a contrarre in tale ambito non garantisce che ciascun soggetto a ciò tenuto poi effettivamente giunga a soddisfare tale obbligazione⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Cfr. K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 16.

⁶¹⁵ Sul tema, W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, cit., *passim*.

⁶¹⁶ Per un'analisi, J. KNETSCH, *Compensation Funds in France and Germany*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 52 ss. *Contra*, L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 42 ss.

⁶¹⁷ L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 51 ss.

⁶¹⁸ S. PORCHY-SIMON, *Panorama général et typologie des fonds*, cit., 119.

Peraltro, proprio in ragione della sua natura volontaristica, l'assicurazione si distingue dal fondo per la sua flessibilità, in quanto è meglio capace di adattarsi ai bisogni del singolo assicurato e alle sue capacità economiche⁶¹⁹.

Nonostante le analogie in termini di struttura (i.e. *no-fault*) e di funzioni esercitate⁶²⁰, i fondi possono distinguersi anche dalla sicurezza sociale: anzitutto, i benefici dal primo erogati, in quanto coprono perdite viceversa neglette dalla seconda (si pensi, ad esempio, alla sofferenza morale), possono considerarsi una sorta di completamento⁶²¹. La sicurezza sociale, in altri termini, offrirebbe un supporto minimo ed essenziale; l'ammontare del beneficio erogato, quindi, si fonderebbe sulla logica del bisogno della vittima, essendo del tutto estranea una quantificazione basata sul tipo di pregiudizio ricevuto ("*loss-related*")⁶²². La situazione economica nella quale versa il danneggiato, destinatario dell'indennizzo del fondo, non deve essere oggetto di attestazione da parte di questi. Infine, il principio causalistico è operante solo nell'ambito dei *compensation funds*, ove il danneggiato deve provare che il pregiudizio subito si sia verificato in un contesto corrispondente all'ambito di applicazione del fondo⁶²³.

A differire sono, inoltre, le normali modalità di contribuzione: per il fondo indennitario, specifici contributi (e, in parte, attraverso il ricorso al prelievo fiscale); per la sicurezza sociale, al contrario, il solo prelievo fiscale. L'amministrazione del primo può essere rimessa anche ad enti diversi dallo Stato, che è, invece, l'unico gestore delle provvidenze destinate alla sicurezza sociale⁶²⁴.

La « *redress structure* »⁶²⁵ dei fondi intende, quindi, offrire una copertura laddove i sistemi di sicurezza sociale o le regole di responsabilità civile non sarebbero in grado di offrire alcuna (o solo parziale) copertura⁶²⁶: l'elaborazione di questi fondi per (la sola) via legislativa è proprio volta ad assicurare al danneggiato una compensazione per una perdita che, in applicazione degli

⁶¹⁹ K. OLIPHANT, *Landmarks of No-Fault in the Common law*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 84.

⁶²⁰ Rileva, infatti, K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 82 ss. come « The underlying philosophy may frequently be the same or similar ».

⁶²¹ Le differenze sono rimarcate da J. KNETSCH, *Compensation Funds in France and Germany*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 54 ss.

⁶²² K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 83; ID., *Compensation Funds in the United Kingdom*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 162 ss.

⁶²³ Cfr. nuovamente J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 54 ss.

⁶²⁴ K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 84.

⁶²⁵ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *An Introduction to Compensation Funds. Current Trends and the Questions We Need to Ask*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 1.

⁶²⁶ Le insufficienze del modello aquiliano sul versante della riparazione saranno analizzate nel successivo paragrafo.

altri istituti, questi sarebbe stato altrimenti tenuto a sostenere con mezzi propri, così reagendo, disinnescandolo, all'adagio « casum sentit dominus »⁶²⁷.

Tale definizione inevitabilmente risente di una certa approssimazione, giacché – se si volge un rapido sguardo ai vari ordinamenti giuridici – i fondi indennitari sembrano significativamente differire tra loro per forma, caratteristiche e classificazione.

La tendenza all'eterogeneità si apprezza, anzitutto, nel confronto tra i diversi ordinamenti giuridici e attiene all'esistenza stessa dei fondi⁶²⁸: alla riluttanza del Regno Unito e, soprattutto, della Spagna all'impiego dei piani compensativi si contrappone l'estremo successo incontrato in Belgio, Francia e Nuova Zelanda, *unicum* tra i Paesi di *common law*⁶²⁹; in una zona intermedia sembrano invece collocarsi gli ordinamenti olandese e tedesco, i quali hanno adottato alcuni fondi ma non paiono inclini a proseguire in quella direzione⁶³⁰. La richiamata diversità si coglie anche sul piano interno, ove i fondi sono spesso il risultato delle specifiche e contingenti esigenze variamente fatte proprie dal legislatore: tali divergenze attengono, in particolare, alle tipologie di fondi e alla loro modalità di intervento⁶³¹.

Ed è proprio la descritta eterogeneità e versatilità dei fondi ad aver reso complesso quel procedimento di astrazione tale da condurre ad un'appropriata sistematizzazione dogmatica della categoria.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, la creazione di fondi, avvenuta in maniera incontrollata e frammentaria – in assenza, quindi, di un approccio globale e ponderato – ha contribuito a comporre un perverso « mosaico giuridico »⁶³² dal quale risulta assai arduo estrapolare principi

⁶²⁷ In questo senso, anche J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 2 s.

⁶²⁸ Cfr. l'analisi di S. PORCHY-SIMON, *Panorama général et typologie des fonds*, in GRECCA, *La socialisation de la réparation: fonds d'indemnisation et assurances*, Bruxelles, 2015, 119 ss., il quale, a seconda della tendenza all'impiego dei fondi, distingue gli ordinamenti giuridici in tre gruppi: i Paesi che sembrano del tutto trascurare tale meccanismo (su tutti, la Spagna, ove comunque non è assente un'idea di solidarietà nazionale); vi sono, poi, sistemi giuridici (tedesco ed inglese) che fanno dei fondi un uso parsimonioso; un terzo gruppo di ordinamenti giuridici, infine, si contraddistingue per un impiego sistematico del metodo dei fondi: il riferimento è alla Francia, al Belgio e (a parere di chi scrive, non condivisibilmente) all'Italia.

⁶²⁹ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *An Introduction to Compensation Funds. Current Trends and the Questions We Need to Ask*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 4, riferisce che « The unique New Zealand system also breaches the general reluctance of common law systems towards socially inspired compensation mechanisms ».

⁶³⁰ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 3 s. Come rileva S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, 120: « la lecture des rapports de droit nationaux laisse toutefois apparaître une grande hétérogénéité, et la première impression est celle d'être prise dans une sorte de désordre juridique difficilement maîtrisable ».

⁶³¹ Per una panoramica, v. S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, 123-131.

⁶³² J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 19 s. L'A. è tra i pochi ad aver promosso la teorizzazione di un diritto dei fondi indennitari.

generali e tendenze comuni (tra i quali è possibile sin d'ora individuare il dato quantitativo – cioè il numero consistente di vittime – e la tendenza a destinare tale beneficio in ipotesi di danno alla persona).

Al disordine creato dalla proliferazione dei fondi d'indennizzo ha contribuito, altresì, l'impiego, da parte del legislatore, di una terminologia spesso incoerente⁶³³, tale da rendere ardua la correlazione tra la nomenclatura impiegata e le conseguenti modalità di intervento del fondo.

In ultimo, la difficoltà, sopra menzionata, ad una teorizzazione generale del diritto dei fondi indennitari si deve anche all'intreccio tra ragioni di politica legislativa e la necessità di adeguare la tecnica giuridica, con la conseguenza che, assai sovente, le prime finiscono per influenzare la seconda⁶³⁴.

Non si dovrebbe nemmeno trascurare, infine, come la scelta di optare per il *compensation fund*, in ultima analisi, non sia altro che la traduzione di una precisa corrente ideologica, che prende le mosse dal modo di intendere il *welfare state* e i suoi obiettivi di tutela, per scendere, più in particolare, all'allocazione delle perdite originate in talune situazioni dannose. Si tratta di comprendere, in altri termini, quale soggetto debba farsi carico della prevenzione e della riparazione di taluni pregiudizi: il singolo o la collettività⁶³⁵.

⁶³³ Cfr. S. PORCHY-SIMON, *Panorama général et typologie des fonds*, cit., 120 e J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 61 ss. L'incoerenza correttamente evidenziata dall'A. atteneva, in particolare, alla varietà delle nomenclature impiegate dal legislatore: "fonds de garantie", "fonds d'indemnisation" e "fonds de compensation".

⁶³⁴ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 17 ss.: si tratterebbe, in buona sostanza, di un « patchwork juridique » composé de dispositifs spécifiques dont on peine à percevoir une ligne directrice ».

⁶³⁵ Cfr. V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance*, cit., 168 ss. per una breve analisi sui valori etici di giustizia che i modelli di riparazione del danno riflettono. In particolare, la contrapposizione più frequente è quella tra giustizia correttiva (cui il sistema italiano di responsabilità civile sembra, in prevalenza, ispirato) e distributiva, che invece fonda i piani *no-fault*.

Sul punto, si leggano le convergenti riflessioni di K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 20 ss. A tal riguardo, si confronti il c.d. *Woodhouse Report* (ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, Wellington (Government Printing Office), 1967). D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, cit., 154, rileva, a tal riguardo che: « In that sense, the development of alternative compensation schemes is tied to the ebb and flows of the welfare state, and to the reconfiguration of the idea of individual injury as a burden that must be shared and prevented by the community ». Anche A.C. HUTCHINSON, *Beyond No-Fault*, in *California Law Review*, 1985, 755 ss. sintetizza brillantemente l'idea sopra esposta: « How we take care of the social victims of bad fortune is (or ought to be) an integral part of our collective and individual self-image and self-understanding. It speaks to the kind of individuals and community we aspire to be ».

3. Origine, dinamica e ambito di applicazione dei fondi indennitari: le carenze del paradigma aquiliano

È a partire (rispettivamente) dall'inizio del XX secolo e dalla metà del XX secolo che, nell'ambito dell'infortunistica sul lavoro e della circolazione di veicoli, si registrano i primi segnali legislativi – anticipati dalle riflessioni della dottrina⁶³⁶ – in favore di una graduale erosione della colpa quale criterio di imputazione della responsabilità, in favore di piani alternativi su base *no-fault* (come, ad esempio, l'assicurazione *first party* privata o sociale)⁶³⁷. Le basi per le riflessioni sulla *no-fault insurance* sono state poste, sia pur nello specifico settore della *traffic accident compensation*, dall'opera di Keeton e O'Connell⁶³⁸; il dibattito che ne è seguito non ha poi seguito un andamento costante e, in anni più recenti, ha conosciuto una stagione di deciso successo⁶³⁹. I lavori di recente pubblicazione sembrano, infine, voler dedicare l'attenzione proprio sull'applicabilità del regime alle fattispecie di pregiudizi da *malpractice* sanitaria⁶⁴⁰.

Anzitutto, risulta assai difficile proporre una lettura univoca in ordine ai fattori responsabili dell'origine dei *compensation funds*: la creazione di ciascun fondo avrebbe inteso soddisfare,

⁶³⁶ Per riferimenti in letteratura relativi alla *traffic accident compensation*, V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance*, cit., 95 ss.

⁶³⁷ G. WAGNER, *Tort Law and Liability Insurance*, cit., 286 s.; K. OLIPHANT, *Landmarks of No-Fault in the Common law*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 44 ss.

⁶³⁸ R.E. KEETON – J. O'CONNELL, *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blueprint for Reforming Automobile Insurance*, cit. Del primo A. è bene ricordare un'opera successiva: R.E. KEETON, *The Case for No-Fault Insurance*, cit., 1-14, analizzava gli otto principali inconvenienti (incompletezza, imprevedibilità, disuguaglianza, lentezza, incentivo alla presentazione di richieste eccessive, impraticabilità, carattere non soddisfacente e contraddittorietà) dell'assicurazione per la responsabilità civile automobilistica e ne auspicava una riforma in senso, per l'appunto, *no-fault*. Una *no-fault insurance* identificherebbe, quindi, « a compensation system that couples the payment of benefits on a no-fault basis with the elimination of at least part of the fault-based tort actions for both economic losses and pain and suffering ».

In sintesi, trattandosi di questioni specificamente correlate ad un ambito estraneo al presente lavoro, in materia di *traffic accident compensation* può ricordarsi, tra gli altri, per il dibattito europeo, il c.d. Progetto Tunc (così definito in quanto elaborato dal giurista francese André Tunc, favorevole all'introduzione di un sistema di indennizzo diretto simile alla sicurezza sociale) relativo alla promozione di sistemi alternativi di risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione stradale. Cfr., per una lettura più recente, A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1989, 26 ss., 97 ss. e, per un commento, F.D. BUSNELLI, *Riflessioni sul « Projet Tunc » per una riforma del sistema di indennizzo delle vittime della strada*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 301.

⁶³⁹ Interessante, in questo senso, il riferimento di R.E. KEETON, *Creative Continuity in the Law of Torts*, in *Harvard Law Review*, 75, 3, 1962, 463 alla « creative continuity ».

⁶⁴⁰ V. anche G. WAGNER, *Comparative Tort Law*, in (edited by) M. REIMANN – R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, 994 ss.

infatti, esigenze economiche, politiche e sociali invero singolari e non sovrapponibili a quelle fatte proprie da altri sistemi giuridici⁶⁴¹.

Sembra nondimeno possibile individuare alcune tendenze ricorrenti.

In effetti, come si spiega in letteratura, sarebbero soprattutto le deficienze del sistema di responsabilità civile (oltre, ma in misura inferiore, a quello assicurativo ed assistenziale) ad aver imposto un cambio di prospettiva nel modo di intendere la riparazione del danno: un passaggio⁶⁴², cioè, dagli strumenti citati al contrapposto metodo dei *compensation funds*, da impiegare in via sostitutiva o complementare ai primi, al fine di colmarne le lacune.

A conferma di ciò, basterà considerare come i modelli alternativi di riparazione siano emersi più facilmente e diffusamente in ambiti ove i fallimenti dei rimedi tradizionali risultavano più evidenti, anche in ragione del numero di vittime – dato che a sua volta riflette il livello di sviluppo economico del singolo ordinamento: ad una maggiore industrializzazione, infatti, corrisponde una produzione corrispondente di occasioni di pregiudizio (che si verificano, ad esempio, sul luogo di lavoro; ma il principio trova applicazione anche per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli)⁶⁴³.

L'insoddisfazione e il criticismo nei confronti dei cennati modelli tradizionali appare invero generalizzato e diffuso⁶⁴⁴: ai vuoti (o, quantomeno, ai deficit) di copertura intrinseci ai primi strumenti si è infatti reagito – pur seguendo percorsi non uniformi⁶⁴⁵ – attraverso la ricerca (accademica e legislativa) di soluzioni alternative; ricerca infine tradottasi nella creazione di fondi indennitari, ai quali si assegna, oggi, il ruolo di quarto pilastro del diritto della riparazione⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, cit., 153.

⁶⁴² W. VAN BOOM - M. FAURE, *Introducing "Shifts in Compensation Between Private and Public Systems"*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 3 ss.

⁶⁴³ Cfr. D. JUTRAS, *op. cit.*, 153.

⁶⁴⁴ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 207, discorrono a tal riguardo di « (growing) dissatisfaction ».

⁶⁴⁵ Correttamente rilevava D. HUTCHISON, *Accident Compensation: New Zealand Shows the Way*, in 48 *THRHR*, 1985, 24 ss. (in part. 35 ss.) come « The movement away from delict as a method of compensating personal injury is very widespread today, but varies in extent from country to country and according to the nature of the accident ». L'A. sottolinea, altresì, come, in Europa, lo sviluppo dei fondi indennitari sarebbe avvenuto più lentamente in ragione di una copertura assistenziale più generosa.

⁶⁴⁶ J. KNETSCH - K. WATTS, *What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related personal injury?*, cit., 1-22.

In particolare, si è sottolineato come la responsabilità civile – naturalmente tesa alla risoluzione di conflitti individuali, che vedono contrapposti due soggetti – non sarebbe stata in grado di adattarsi all’evoluzione della società e ad affrontare inedite ipotesi di rischio (soprattutto di massa)⁶⁴⁷, da questa di recente create, se non mediante la realizzazione di fattispecie di responsabilità oggettiva, comunque legate all’individuazione di un soggetto responsabile, spesso assente o non identificabile (e, in ultima stanza, alla sua solvibilità o quella del suo assicuratore, se presente e se, a monte, in altri termini, il rischio era assicurabile)⁶⁴⁸.

Peraltro, al ricorrere di fattispecie di danno ad elevata magnitudo, il numero delle richieste risarcitorie recherebbe con sé pure il rischio di paralizzare l’amministrazione dell’attività giudiziaria⁶⁴⁹.

Del sistema di responsabilità civile si sono quindi evidenziate carenze ed inefficienze procedurali: il contenzioso, qui strettamente necessario per il riconoscimento di un diritto al risarcimento, si connota per essere dispendioso, prolungato e laborioso, oltreché tale da indurre ad un confronto non amicale tra le parti coinvolte.

Per l’incapacità di assicurare una provvidenza a coloro i quali non siano stati in grado di dimostrare la responsabilità del danneggiato, oggetto di preminente censura è la carenza di equità (*fairness*) insita nel sistema dell’illecito civile, specie in situazioni di danno dove tale dimostrazione risulta assai ardua: « The closer tort law is to a *lottery* [corsivi nostri], the more likely is is that alternatives will be advocated »⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Così, A. GUÉGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, 2006, 5 ss. L’A. nota come « L’optique dans laquelle la responsabilité civile fut construite apparaît ainsi totalement étrangère au cas où un fait quelconque de l’homme cause à une masse d’autrui un dommage. Le modèle classique du conflit entre deux individus vole en éclats puisque l’auteur des dommages n’est plus confronté à un seul individu mais à un grand nombre de victimes ». Tra questi “*accidents de masse*”, l’A. annovera, in considerazione della regolarità e del numero di pregiudizi, il danno da circolazione di veicolo o derivante da un intervento chirurgico o, ancora, dallo svolgimento dell’attività lavorativa (*ivi*, 7).

⁶⁴⁸ Cfr. L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 41. Come rileva G. WAGNER, *(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 99 ss., infatti, l’assicurabilità del rischio da parte di imprese assicurative è limitata da alcuni fattori: « The risk in question may be non-accidental, impossible to determine and measure, it may surface cumulatively instead of independently, and it may be of catastrophic magnitude ». In effetti, come rileva l’A., sarebbero proprio questioni di “*adverse selection*” a suggerire un passaggio ai sistemi pubblici di riparazione, i quali invece eliminerebbero il rischio dell’insolvenza del responsabile (*ivi*, 103).

⁶⁴⁹ L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 43.

⁶⁵⁰ D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, cit., in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, cit., 157.

Proprio in termini di “*lottery*” discorre il giurista inglese Patrick Atiyah⁶⁵¹: oltre ad incoraggiare una “*blame culture*”, il sistema di *torts* è equiparato, in termini di equità e giustizia, ad una vera e propria lotteria. Sarebbe sostanzialmente rimesso al caso, infatti, non solo l’effettivo successo della domanda risarcitoria, ma anche l’individuazione del soggetto responsabile tenuto al risarcimento e la precisa determinazione del *quantum* di danno. Altri fattori tali da rendere mutevoli le *chance* di accoglimento della pretesa sarebbero, altresì, il requisito della prova e l’ambito di verifica del danno.

Il sistema di responsabilità civile sarebbe, peraltro, inefficiente⁶⁵² in considerazione delle dilatate tempistiche necessarie per la definizione delle controversie risarcitorie e dei costi amministrativi del sistema, ritenuti ben più elevati di quelli necessari alla manutenzione della previdenza sociale.

Con particolare riguardo allo studio dei modelli di riparazione del danno alla persona, parimenti utile è il confronto con l’opera di Ison⁶⁵³, il quale sottolinea alcune carenze del sistema *in tortis*. Oggetto di censura è il principio della colpa (in quanto ispirato a criteri di comportamento fittizi ed inesigibili), spesso influenzato dalla presenza di un assicuratore e comunque ispirato a logiche di contraddittorio e scontro; difficoltà probatorie; i costi (non solo giudiziari ma più genericamente economici) del sistema; il tempo necessario alla definizione della pretesa risarcitoria; la necessità di individuare un soggetto responsabile da convenire in giudizio, assicurato o comunque dotato di mezzi finanziari sufficienti per soddisfare l’obbligazione risarcitoria; la valutazione del danno⁶⁵⁴.

Di qualche anno successive sono, infine, le convergenti (almeno in premessa) riflessioni del compianto Sugarman, del quale sembra utile riportare le considerazioni che questi espone già

⁶⁵¹ P.S. ATIYAH, *The damages lottery*, Oxford, 1997, 143 ss. e *passim*.

⁶⁵² P.S. ATIYAH, *op. cit.*, 150 ss. Di fronte alle difficoltà appalesate dai *torts* l’A. suggerisce un duplice rimedio (« a more modern and rational system of compensation for accidents and injuries », *ivi*, 185): rispetto ai sinistri stradali, l’autore auspica un regime di *first-party insurance no-fault*, gestito privatamente, con la possibilità di aggiungere un indennizzo per i danni di natura non patrimoniale (*ivi*, 188). Per tutte le altre occasioni di danno, invece, l’A. segnala come « There is only one really effective solution to this problem. The action for damages for personal injuries should simply be abolished, and first-party insurance should be left to the free market. [...] It is natural [...] to suggest today that abolition should be followed by a replacement more in accord with current and likely future trends ».

⁶⁵³ T.G. ISON, *Accident Compensation: A Commentary on the New Zealand Scheme*, London, 1980 e, ancora prima, *ID.*, *The Forensic Lottery. A critique on Tort Liability as a system of Personal Injury Compensation*, London, 1967.

⁶⁵⁴ T.G. ISON, *op. ult. cit.*, 7-30. Ancora una volta, la proposta avanzata ha ad oggetto soluzioni *lato sensu no-fault*: l’abolizione della responsabilità civile farebbe spazio, quindi, ad un sistema espanso di sicurezza sociale. Conclude: « Moreover, it is by the abolition of liability (with its wasteful administrative costs) that the funds can be released and made available to finance a more comprehensive and efficient system ».

in apertura: « I favor doing away with personal injury law and replacing it with both new compensation arrangements for accident victims and new mechanisms for controlling dangerous conduct »⁶⁵⁵.

Dopo aver squalificato la funzione deterrente della responsabilità – spesso portata a sostegno della irrinunciabilità di questa –, la cui efficacia è ancora da dimostrare e le cui pressioni, per altro verso, sono portatrici di un impatto sociale di segno negativo⁶⁵⁶, l’Autore considera gli ingenti costi amministrativi del sistema e la sua arbitrarietà nell’oscillare tra contrapposti risultati di eccessiva compensazione, da un lato, e di “no-compensation” (o “undercompensation”), dall’altro: « It is no wonder, then, that many people view tort law as a lottery »⁶⁵⁷.

Nell’ambito del modello aquiliano, quindi, la prospettiva del danneggiato non verrebbe adeguatamente valorizzata giacchè dall’assenza di responsabilità discenderebbe inevitabilmente l’impossibilità di compensare il danneggiato⁶⁵⁸.

I fallimenti del paradigma aquiliano non costituirebbero le sole cause di questa “reazione” – dell’origine, cioè, dei fondi indennitari – potendosi invero considerare ulteriori fattori⁶⁵⁹.

A spiegare la creazione di modelli alternativi concorrerebbe, altresì, l’attenzione riposta dai *media* rispetto a fatti dannosi di grande ampiezza, tali quindi da animare l’opinione pubblica: lo scandalo del sangue infetto, gli attentati terroristici o le catastrofi naturali ne costituiscono, tra gli altri, un’agevole esemplificazione⁶⁶⁰; infatti, a prescindere dall’attivazione di specifici

⁶⁵⁵ S.D. SUGARMAN, *Doing Away With Personal Injury Law. New Compensation Mechanisms for Victims, Consumers, and Business*, New York – Westport – London, 1989, XV.

⁶⁵⁶ S.D. SUGARMAN, *op. cit.*, 18.

⁶⁵⁷ S.D. SUGARMAN, *op. cit.*, 38. In ogni caso, nella *pars costruens* della sua pregevole monografia, l’A. segnala come il ricorso a varie forme di piani *no-fault* per far fronte a specifiche classi di pregiudizio non sarebbe adeguato, in quanto difetterebbe di una giustificazione solida. La prevenzione dei danni mediante l’apparato regolatorio (i.e. amministrativo), quindi, sarebbe ben più efficace del sistema di *tort law*. Il ricorso al fondo *no-fault* è, però, dall’Autore segnalato come potenziale rimedio di natura transitoria, applicabile, cioè, nel medio periodo (« in-between steps », *ivi*, 212). Nel lungo periodo, invece, la soluzione viene ravvisata in un sistema di sicurezza o assicurazione sociale più ampio.

⁶⁵⁸ L’approccio, viceversa, dei fondi indennitari sarebbe maggiormente orientato alla vittima e alla soddisfazione dei bisogni di questa: cfr. L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, *cit.*, 42 ss.

⁶⁵⁹ Alcuni di questi fattori sono descritti, tra gli altri, da D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, *cit.*, 152-158.

⁶⁶⁰ D. JUTRAS, *op. cit.*, 153.

gruppi di interesse, sarebbe proprio la pressione dei mezzi di comunicazione a condurre all'insorgere di un'occasione politica di cambiamento⁶⁶¹.

Hanno funto, inoltre, da “catalizzatore”, oltre alla presenza (o meno) di gruppi di pressione politica, la capacità finanziaria del sistema giuridico, la capacità, in altre parole di finanziare meccanismi pubblici di riparazione; l'attenzione rivolta, in termini comparatistici, alle soluzioni adottate da altri ordinamenti giuridici per fare fronte a identici problemi sociali, talvolta tradottasi in un trapianto legale del modello straniero (c.d. “*dissemination effect*”)⁶⁶².

3.1. Tassonomia e ambito di applicazione dei fondi indennitari

In letteratura si è soliti distinguere i *compensation funds* in funzione di una pluralità di criteri classificatori⁶⁶³.

Infatti, a seconda delle modalità di intervento del fondo e del suo operare in relazione alla responsabilità civile, i fondi indennitari si articolano in due categorie: fondi *sostitutivi* e fondi *integrativi*.

I primi, invero più rari, sono volti a sostituire *tout court* il rimedio aquiliano, con il risultato che il danneggiato non potrà che affidarsi, per la riparazione del danno, al solo fondo, essendogli preclusa un'ordinaria azione in giudizio per la condanna del soggetto responsabile. Il settore dell'infortunistica del lavoro e dei danni derivanti dalla circolazione stradale sembrano, pur con una serie di accorgimenti, sostanziali esemplificazioni di questa prima tipologia di fondi. Invero più rispondente appare, invece, il sistema neozelandese, il quale affida – in via esclusiva – l'intera riparazione delle lesioni personali ad un sistema di sicurezza collettiva⁶⁶⁴.

Quindi, in ordine all'operatività del fondo, la regola sembra invece rappresentata dal metodo “integrativo”, il quale lascia al danneggiato la facoltà di agire in giudizio secondo le vie ordinarie o, al contrario, di avvalersi di un regime speciale di riparazione.

⁶⁶¹ In questo senso, cfr. in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Concluding Remarks*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 230 ss. Inoltre, come afferma J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 106 ss., tali eventi spesso vedono il coinvolgimento dello Stato (se non una sua responsabilità) nelle dinamiche di produzione del danno. Obiettivo del fondo (in tal caso, retrospettivo) diviene, dunque, quello di placare un dibattito pubblico sull'e responsabilità delle autorità pubbliche.

⁶⁶² D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI - A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, cit., 154 ss.

⁶⁶³ L'analisi più convincente sembra, sul punto, quella proposta da J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 54 ss., che si riprende in questa sede.

⁶⁶⁴ Cfr. nuovamente J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 54 ss.

A loro volta, i fondi da ultimo cennati possono distinguersi a seconda che l'intervento avvenga in via principale ovvero sussidiaria⁶⁶⁵: il *discrimen*, in altre parole, consisterebbe nella previa verifica circa la sussistenza di una responsabilità. Tra i fondi ad intervento sussidiario può ricordarsi il caso dei fondi di garanzia⁶⁶⁶ (c.d. “*guarantee funds*”), chiamati ad intervenire per l'ipotesi in cui, pur in presenza di un fatto illecito, il responsabile non sia individuabile o solvente (o la sua assicurazione, per varie ragioni, non possa intervenire per offrire una copertura)⁶⁶⁷: vi sarebbe, dunque, un collegamento molto stretto tra i fondi di garanzia e l'assicurazione della responsabilità civile⁶⁶⁸.

Sul piano comparatistico è assai ricorrente, inoltre, la distinzione tra (gli appena esaminati) “*guarantee funds*” e i c.d. “*damage funds*” (i.e. fondi indennitari in senso stretto)⁶⁶⁹, cui si avvicinano i *compensation funds* (specie “universali”) della tradizione di *common law*⁶⁷⁰.

In base, invece, allo scopo perseguito e al tipo di evento oggetto di copertura, i fondi si distinguono in retrospettivi (o “*rétrospectifs*”) e prospettici (o “*prospectifs*”)⁶⁷¹. I primi – come appare evidente – si rivolgono al passato, per offrire copertura in presenza di fatti dannosi di grande ampiezza, nella cui dinamica di produzione è coinvolto lo Stato, talvolta affermato come responsabile, almeno in via politica⁶⁷². Tali fondi, i quali intervengono in via principale, sono caratterizzati da una durata limitata nel tempo, giacchè, una volta che le vittime ottengono un

⁶⁶⁵ Oltre alla già richiamata analisi di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 54 ss., si legga T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 202, il quale articola i fondi sulla base del rapporto che li lega agli altri meccanismi di riparazione: vi sarebbero, quindi, *compensation funds* con un ruolo “attivo” o “dominante” ovvero, dall'altro lato, con ruolo “subordinato” (in questo secondo caso, il fondo interverrebbe solo dopo che le altre opzioni compensative siano state vagliate).

⁶⁶⁶ Per il sistema francese, poi, J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 58, elenca altri due fondi *d'intervention subsidiaire*: « Fonds d'indemnisation complémentaires (dépassement du plafond d'indemnisation) », ad esempio nel caso di superamento del massimale dell'assicurazione; « Fonds de compensation (absence de responsable identifié ou identifiable) », ricordando come molto più frequente è il caso in cui il singolo fondo combini modalità differenti di intervento.

⁶⁶⁷ In questo senso, dunque, solo in senso lato i fondi di garanzia possono essere definiti “indennitari”.

⁶⁶⁸ L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 42.

⁶⁶⁹ L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 42-44.

⁶⁷⁰ Lo rileva K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 20.

⁶⁷¹ La distinzione è formulata da J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 93 ss., il quale ricorda come si tratti di classificazione (quasi intuitiva) dal significato non solo accademico, ma anche pratico, in quanto consente di spiegare l'origine dei fondi indennitari.

⁶⁷² J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 96 ss.

indennizzo, vengono meno le ragioni per la sussistenza stessa del fondo⁶⁷³. L'obiettivo perseguito è quello di riparare i rapporti tra la vittima e l'autorità pubblica presunta danneggiante, così neutralizzando il dibattito pubblico che ne scaturirebbe, attraverso l'intervento di un organo neutrale e la previsione di procedure agevolate per l'accesso al risarcimento, le quali prescindano dall'affermazione di una responsabilità per via giudiziaria⁶⁷⁴. Al contrario, i fondi prospettici si caratterizzano per una prospettiva di lungo corso (per la permanenza, cioè, dei loro meccanismi) e sono volti, in definitiva, a rimediare stabilmente alle carenze della responsabilità civile in ambiti ove si riscontra una difficoltà, per il danneggiato, ad ottenere il risarcimento: il caso è quello dei sinistri stradali o del danno iatrogeno; tali fondi operano principalmente in via sussidiaria⁶⁷⁵.

Gli ambiti elettivi del fondo indennitario sono assai variegati, includendo, sia pur in ipotesi solo eccezionali, una generale copertura per qualsivoglia fattispecie di danno alla persona⁶⁷⁶ e, più di frequente, gli infortuni sul lavoro, i danni derivanti dalla circolazione automobilistica, i pregiudizi causati da un trattamento sanitario (o da un prodotto farmaceutico difettoso), i danni sofferti nell'ambito della realizzazione di talune fattispecie di reato⁶⁷⁷; vanno, infine, ricordati i fondi creati in conseguenza di calamità naturali e ai danni derivanti dall'esposizione all'amianto⁶⁷⁸.

4. Luci ed ombre del modello indennitario: uno sguardo ai danni da atto medico

⁶⁷³ Questa, ancora, è l'analisi di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 120 ss.

⁶⁷⁴ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 106 ss. Si pensi, ad esempio, ai danni cagionati dall'assunzione del Benfluorex; ai danni da amianto e, nuovamente, alle vicende del sangue infetto.

⁶⁷⁵ Cfr. di nuovo J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 122. T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 192, propone un'ulteriore distinzione: i fondi "ad hoc", di creazione governativa, sarebbero volti a rispondere tempestivamente ad un evento dannoso (tendenzialmente di massa) senza passare dall'approvazione parlamentare (diversamente dai "structural funds", stabiliti in via legislativa).

⁶⁷⁶ Si tratta del modello adottato dall'ACA neozelandese.

⁶⁷⁷ Il caso senz'altro più frequente è offerto dagli eventi di terrorismo. Sul punto, cfr., per gli Stati Uniti, il "September 11th Victim Compensation Fund (VCF)", in <https://www.vcf.gov/#:~:text=The%20September%2011th%20Victim%20Compensation,Pennsylvania%20crash%20site%2C%20at%20some> (consultato in data 25 gennaio 2024). Per un approfondimento cfr. S. MACLEOD - C. HODGES, *An Introduction to the Schemes*, in S. MACLEOD - C. HODGES, *Redress Schemes for Personal Injuries*, cit., 29.

⁶⁷⁸ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *op. ult. cit.*, 192.

« Sometimes tort law's shortfall arises for clear doctrinal reasons, such as when the injurer is not at fault and strict liability is unavailable. Many medical accidents are in this category »⁶⁷⁹. L'ardua dimostrazione di una negligenza medica è elemento assai ricorrente nelle trattazioni relative alla riparazione del danno derivante dall'esercizio dell'attività sanitaria. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso del professionista che, nell'adempimento della prestazione, abbia cagionato un danno al paziente nonostante lo scrupoloso ossequio delle linee guida, non essendo, dunque, possibile muovere a questo alcun rimprovero in termini di colpa; l'assenza di tale elemento precluderebbe l'accesso alle vie risarcitorie, pur essendovi stato un pregiudizio (si discorre a tal riguardo di "*liability failure*")⁶⁸⁰.

Come anticipato, proprio in questo settore sembrano essersi concentrati i più recenti studi sui fondi indennitari, i quali prendono le mosse proprio dalla considerazione delle principali cause di insoddisfazione prodotte dal regime di *tort law* in questo settore.

Tra queste, si annoverano, in breve: l'asimmetria informativa tra paziente e professionista sanitario; il linguaggio tecnico dell'arte medica; le disparità nell'accesso alla documentazione; le difficoltà probatorie (rispetto all'elemento colposo e al nesso causale), nonché, per il giudice, la difficile individuazione di uno standard di diligenza riferibile alla prestazione oggetto di censura; il timore (da parte del medico) di un danno reputazionale; ritardi, procedimenti giudiziari costosi (sia per il paziente, che ne affronta le spese legali, sia per il sistema tutto), peraltro caratterizzati da un esito assai incerto, oltre alla nota complessità del sistema giudiziario (la quale impone di avvalersi di una difesa esperta)⁶⁸¹ – si tratta di limiti che, complessivamente, incidono sulla riuscita dell'azione risarcitoria, ostacolano il processo di guarigione del danneggiato e che avrebbero contribuito alla "*malpractice crisis*"⁶⁸².

⁶⁷⁹ S.D. SUGARMAN, *Doing Away With Personal Injury Law*, cit., 102.

⁶⁸⁰ L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 42 s.

⁶⁸¹ L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 48 ss., ove si analizzano le alternative impiegate in diversi ordinamenti giuridici al fine di superare i limiti del sistema di *tort law* in tale particolare ambito. J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, Cham, 2021, 179 ss.

Ulteriori limiti sono stati descritti da R.J. CARLSON, *A Conceptualization of a No-Fault Compensation System for Medical Injuries*, in *Law and Society Review*, 1973, 329 ss.

⁶⁸² D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes and Extra-Judicial Solutions in Case of Medical Malpractice. A Commentary on Contemporary Arrangements*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 21 ss.

A questi studi sono poi seguiti sviluppi sul piano ordinamentale, sì da poter individuare almeno due stagioni inaugurali di schemi *no-fault* per l'ambito sanitario: la prima, che ha inizio a partire dagli anni '70 del secolo scorso, vede la nascita di fondi nei Paesi scandinavi (in ordine cronologico: Svezia, Finlandia, Norvegia e Danimarca) e in Nuova Zelanda (1974), quale parte del più ampio sistema di *comprehensive compensation*⁶⁸³. Con l'inizio del nuovo millennio ha origine una seconda stagione *no-fault*, ove si assiste alla nascita di modelli alternativi in Austria (seppur in via regionale), Francia (2001) e, sulla scia di questa, in Belgio (2007); simili modelli hanno trovato un'implementazione anche in Polonia e Giappone⁶⁸⁴.

Da questa tendenza può, in definitiva, ritenersi che, nonostante soltanto alcuni ordinamenti abbiano poi scelto di aderire a modelli indennitari, il dibattito sull'applicazione del modello *no-fault* ai danni da atto medico non abbia certo perso di attualità⁶⁸⁵.

Sembra allora opportuno soffermare l'attenzione proprio sull'origine e sulle conseguenze dell'applicazione del metodo dei *compensation funds* alla responsabilità sanitaria, analizzandone pregi e inconvenienti.

Rispetto ai fattori che hanno condotto ad uno "spostamento" verso una nuova modalità di riparazione del danno la letteratura annovera, in prima battuta, l'incremento sostanziale nel numero di atti terapeutici, l'evoluzione tecnica in ambito medico e l'impiego di strumenti sempre più sofisticati, necessitanti conoscenze specialistiche. A ciò deve aggiungersi, oltre ad un accesso ai trattamenti sanitari ben più frequente rispetto al passato, l'incrementata consapevolezza, da parte dei pazienti, dei propri diritti nell'ambito del rapporto di cura⁶⁸⁶. Proprio in ordine alla terapia, infine, sembra essersi spezzato quel carattere di bilateralità del rapporto che legava il medico al paziente: la pratica medica contemporanea, infatti, si connota per l'intervento di una pluralità di professionisti che operano in via simultanea⁶⁸⁷ e ha posto al centro delle dinamiche di cura l'ente sanitario, responsabile dell'organizzazione di questa⁶⁸⁸.

⁶⁸³ K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 552.

⁶⁸⁴ K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 553.

⁶⁸⁵ Cfr. G. WAGNER, *Comparative Tort Law*, in (edited by) M. REIMANN - R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 1027. Vedi anche K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 553 ss.: in Scozia, ad esempio, è oggetto di dibattito l'introduzione di un modello *no-fault* per i danni da atto medico.

⁶⁸⁶ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, Cambridge, 2015, 1 ss.

⁶⁸⁷ Cfr. R. CASCÃO - R. HENDRICKX, *Shifts in the Compensation of Medical Adverse Events*, in W. VAN BOOM-M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 116 ss.

⁶⁸⁸ Tali fattori, pur brevemente presentati (ma sul punto si consenta di rinviare alla più ampia analisi sviluppata nel Capitolo II), hanno suggerito, almeno per alcuni ordinamenti, la necessità di un ripensamento (in diritto) circa le modalità di riparazione dei danni da atto medico. Cfr. R. CASCÃO - R. HENDRICKX, *op. cit.*, 117.

Alla luce del mutato assetto della sanità, si sono individuate due cause principalmente responsabili di *malpractice* professionale: l'organizzazione della prestazione di cura e l'errore umano.

In effetti, studi recenti hanno dimostrato come la dimostrazione dell'errore – posta a fondamento dei tradizionali meccanismi risarcitori – fosse figlia di una cultura colpevolizzante (c.d. *blaming culture*) incentrata sulla punizione del responsabile e poco attenta alla necessità di far emergere l'errore, imparando dallo stesso, a partire dalla comprensione delle ragioni che ne sono state causa⁶⁸⁹.

Alla base della riforma neozelandese dell'*ACA*, ad esempio, si colloca l'intuizione, assai moderna, che vuole applicare all'incidente medico un "*system approach*", metodo che (solo) di recente si è affermato nelle trattazioni in materia di sicurezza delle cure e che si contrappone al c.d. "*person approach*"⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Il tema verrà approfondito *infra*. Per ora, cfr. J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, Wellington, 2005, 1012 ss. Peraltro, come correttamente evidenziato da B. EATON, *Ending Fault in Accident Compensation: Issues and Lessons from Medical Misadventure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 822, tra i benefici derivanti dall'espulsione dell'errore medico dallo Schema si annovera « the opportunity for more effective preventative programmes, again arising out of health professionals being less defensive ».

Si legga, sul tema, l'opera di A. MERRY – A. SMITH MCCALL, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2001, in cui, tra gli altri aspetti, viene indagato l'uso della responsabilità: « blame », si dice, « is a powerful weapon. When used appropriately, and according to morally defensible criteria, it has an indispensable role in human affairs. Its inappropriate use, however, distorts tolerant and constructive relations between people. [...] There are too many medical accidents. An important barrier to progress in reducing the incidence of medical injuries and in finding better ways of handling these injuries when they occur is an undue emphasis on blame ».

⁶⁹⁰ Per un approfondimento, si legga J. REASON, *Human error: models and management*, in *British Medical Journal*, 2000, 768 e, in termini ancora più analitici, ID., *Human error*, Cambridge, 1990. Come riferisce J. Manning, l'Autore era stato consultato dal Governo neozelandese durante il processo di riforma dell'ACC. Sempre con riguardo alla tematica della gestione dell'errore, è inevitabile il confronto con P. ROBERTS, *Policy to Protection: The Role of Human Nature and System Nature in Preventing Patient Injury*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 829 ss., laddove argomenta che « In New Zealand's context [...] an environment that enhances professional virtues and internal morality holds more promise than one built on complaint-based external morality ». Tale conclusione è sviluppata da C. PAUL, *Internal and External Morality of Medicine: Lessons from New Zealand*, in *British Medical Journal*, 2000, 320, 499 ss.

L'approccio sembra invece distante da quello di B. HOWELL, *Medical Misadventure and Accident Compensation in New Zealand: An Incentives-Based Analysis*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 857 ss., il quale, invece, trattando del ruolo degli "incentivi" nella riduzione delle occasioni di danno da *medical malpractice*, conclude che occorrerebbe adottare un « balanced approach » e, in ultima analisi, « No-fault systems may be effective in delivering compensation to victims but are efficient only if the effects of reduced incentives to exercise care can be adequately offset by effective monitoring, enforcement and education mechanisms. [...] For medical misadventure in particular, in the New Zealand context, the combination of no-fault insurance and the extremely high proportion of public funding for medical treatments may reduce the available incentives by so great an extent that an efficient level of adverse events is simply not achievable, no matter how high the level of funding dedicated to monitoring, enforcement and education ».

Con quest'ultima locuzione s'intende individuare un modello che pone al centro dell'attenzione « the unsafe acts – errors and procedural violations – of people *at the sharp end* »⁶⁹¹ (corsivo nostro); atteso che tale “*unsafe act*” è qualificato, in termini moralistici, come il risultato di « aberrant mental processes »⁶⁹², le contromisure allo stesso non possono che attestarsi sul piano della minaccia o, per meglio dire, della stretta deterrenza⁶⁹³.

Le premesse al c.d. “*system approach*”, collocato agli antipodi, vanno invece rinvenute nell'idea – empirica, prima che giuridica – di fallibilità dell'essere umano e della possibilità stessa che gli errori possano essere commessi, possibilità alla quale neppure le organizzazioni meglio gestite e attente si sottraggono⁶⁹⁴.

Come appare evidente dalla stessa locuzione, tale metodo individua le cause dell'errore in fattori sistemici (« these includes recurrent error traps in the workplace and the organisational processes that give rise to them »⁶⁹⁵): anziché colpevolizzare il singolo, questo si propone di modificare le condizioni nelle quali il sanitario si trova ad operare, lavorando sulla costruzione di “difese di sistema” e sulle possibili ragioni di un loro insuccesso.

In effetti, anche laddove fosse possibile muovere un rimprovero ad un professionista per essere stata la sua condotta una causa immediata del danno iatrogeno, lo stesso verificarsi del danno ciò nondimeno troverebbe spiegazione in fattori di tipo sistemico (istituzionali, organizzativi, gestionali, etc.)⁶⁹⁶.

Da questi metodi P. BUTLER, *A Brief Introduction to Medical Misadventure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 819 s., trae due conclusioni: la ricerca di una soluzione è resa complessa dalla delicatezza e dalla straordinaria importanza rivestita dalla relazione medico-paziente, « which is based on immense trust ». L'Autrice, poi, sottolinea i vantaggi legati ad uno “*split system*” ove al paziente è offerta la possibilità di optare tra un sistema di compensazione *no-fault* e un'azione in *tort*.

⁶⁹¹ Le parole sono di J. REASON, *Human error: models and management*, cit., 768.

⁶⁹² Si tratta di « forgetfulness, inattention, poor motivation, carelessness, negligence, and recklessness ».

⁶⁹³ Più precisamente, come ricorda J. REASON, *op. ult. cit.*, 768, « These methods include poster campaigns that appeal to people's sense of fear, writing another procedure (or adding to existing ones), disciplinary measures, threat of litigation, retraining, naming, blaming, and shaming ».

⁶⁹⁴ Cfr. sempre J. REASON, *op. ult. cit.*, 768.

⁶⁹⁵ Cfr. sempre J. REASON, *op. ult. cit.*, 768. Come si legge poco più avanti (*ivi*, 169): « Another serious weakness of the person approach is that by focusing on the individual origins of error it isolates unsafe acts from their system context. As a result, two important features of human error tend to be overlooked. Firstly, it is often the best people who make the worst mistakes—error is not the monopoly of an unfortunate few. Secondly, far from being random, mishaps tend to fall into recurrent patterns. The same set of circumstances can provoke similar errors, regardless of the people involved. The pursuit of greater safety is seriously impeded by an approach that does not seek out and remove the error provoking properties within the system at large ».

⁶⁹⁶ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, cit., 161.

Secondo il modello di *risk management* appena delineato, allora, il miglioramento delle condizioni di sicurezza delle cure non può prescindere da una cultura basata sull'emersione dell'errore⁶⁹⁷ e dalla contestualizzazione dello stesso in una dimensione, più ampia, di sistema. Peraltro, laddove si spostasse l'attenzione dalla negligenza del singolo esercente ai fallimenti di sistema, si raggiungerebbe anche una maggiore disponibilità da parte dei professionisti a rivelare errori medici⁶⁹⁸.

A conclusioni non divergenti era altresì giunto l'approccio "scandinavo" ai danni da atto medico (c.d. "*Nordic model*")⁶⁹⁹: tra le varie ragioni a sostegno del superamento del sistema di *tort liability*, si annoverava, infatti, oltre alla lunghezza, al costo e all'aleatorietà del procedimento, la convinzione dell'inadeguatezza della funzione deterrente da questa portata; funzione che, oltre a non svolgere alcun controllo sulle condotte dei professionisti, veniva reputata pericolosa. Un sistema fondato sulla colpa non promuoverebbe uno scambio aperto di informazioni tra paziente e medico, da un lato, e tra professionisti, dall'altro, né incoraggerebbe la segnalazione volontaria di eventi di danno, cui poter imparare e trarre beneficio per la prevenzione di future condotte negligenti⁷⁰⁰.

L'adozione, in questo ambito, di un sistema *no-fault* consentirebbe, in definitiva, di elidere la colpa quale elemento per l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria, per soffermare, invece,

⁶⁹⁷ A sottolineare l'importanza della comunicazione e della "*disclosure*" dei danni da *medical malpractice* (quale fattore chiave nelle iniziative di miglioramento della qualità del servizio medico) sono, *ex multis*, L. MALCOLM - P. BARNETT, *Disclosure of treatment injury in New Zealand's no-fault compensation system*, in *Australian Health Review*, 2007, 31, 1, 116 ss.: « Major efforts have been made to improve health care quality in New Zealand in recent years, with evidence of significant progress. [...] The changes to the ACC implemented in July 2005 are consistent with these wider moves towards promoting a culture of safety and learning rather than blame ». Concludono (*ivi*, 121 s.): « Progress is likely to be enhanced through improved communication skills, providing clinical support systems and promoting and extending existing mediation and advocacy services that assist the timely local resolution of complaints ».

⁶⁹⁸ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, cit., 161, spiega che: « If medical professionals feel that by reporting adverse events they are setting in motion a process which will be centred on how systems cause accidents rather than one in which the person reporting risks being personally single out for blame, then they are more likely to be open about errors ».

L'A., inoltre, conclude come vi sarebbe una incompatibilità intrinseca tra la responsabilità (civile, penale o deontologica che sia) e il dovere del professionista ad una prassi di apertura e disvelamento dell'errore (*ivi*, 167 ss.).

⁶⁹⁹ S. MACLEOD - M. URHO - C. HODGES, *Nordic Injury Compensation Schemes*, in *Redress Schemes for Personal Injuries*, cit., 161 ss.

⁷⁰⁰ S. MACLEOD - M. URHO - C. HODGES, *op. cit.*, 165, rilevano, in conclusione, che « the philosophy behind these schemes is that mistakes happen, and that it is important to be honest, open, put things right by providing appropriate care, and move forward by learning from the experience. [...] Policy-makers believe that this system [n.d.r. 'no-blame' compensation] has created a basis for increased confidence and openness between medical staff and patients ».

l'attenzione sulla sola esistenza (ed estensione) del danno, insieme al rapporto eziologico che lo lega alla condotta del professionista. Si rifiuta, quindi, l'idea che la riparazione possa sussistere solo nei casi di un errore da parte del medico⁷⁰¹.

In questo senso, allora, tali piani si definirebbero “*victim oriented*”, poiché caratterizzati dalla primaria finalità di restituire sollievo ad un soggetto danneggiato, così da porlo, in tempi più celeri, nelle condizioni precedenti alla verifica del danno.

Dall'analisi dei fondi *no-fault* esistenti comprendiamo come il contenzioso in via giudiziaria abbia lasciato così spazio ad un procedimento amministrativo snello, accessibile, minimamente formale, in forma tendenzialmente scritta ed economico, il quale non richiede necessariamente l'ausilio di un difensore; l'analisi della controversia è svolta da un organo terzo ed imparziale, composto da rappresentanti delle diverse categorie coinvolte e che si avvale di esperti neutrali e di informazioni su analoghi casi precedenti, così da perseguire la massima uniformità. La liquidazione del danno avviene secondo calcoli predeterminati da tabelle, pur periodicamente rivalutate, e ricorre a franchigie e massimali, sì da garantire una certa standardizzazione, prevenendo controversie in ordine alla correttezza dell'operazione di quantificazione; una volta determinato l'ammontare, l'indennizzo viene erogato in tempi più rapidi rispetto all'ordinario contenzioso e viene normalmente coordinato con misure complementari e specifiche di assistenza nei confronti del danneggiato.

L'indennizzo è normalmente corrisposto nella forma della rendita; somme capitali sono, invece, riconosciute in casi isolati.

La gestione in forma centralizzata dello schema compensativo consente, infine, la raccolta di dati relativi alle richieste di indennizzo in un unico canale, impiegato per la formazione dei professionisti e il miglioramento della sicurezza delle cure⁷⁰².

Ulteriore beneficio recato dal sistema *no-fault* è dato dalla sua ampia copertura, con il risultato che ad un numero maggiore di danneggiati viene garantito l'accesso al beneficio indennitario⁷⁰³ (cui si somma la certezza che il soggetto pagatore non si riveli insolvente⁷⁰⁴).

⁷⁰¹ Cfr. D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes and Extra-Judicial Solutions in Case of Medical Malpractice. A Commentary on Contemporary Arrangements*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 23, nonché M.M. MELLO – A. KACHALIA – D.M. STUDDERT, *Administrative Compensation for Medical Injuries: Lessons from Three Foreign Systems*, in *Issues in International Health Policy*, 2011, 4.

⁷⁰² M.M. MELLO – A. KACHALIA – D.M. STUDDERT, *op. cit.*, 8.

⁷⁰³ Sul punto, T. POPA, *Don't Look for Fault, Find a Remedy! Exploring Alternative Forms of Compensating Medical Injuries in Australia, New Zealand and Belgium*, in *Tort Law Review*, 2019, 27, 128.

⁷⁰⁴ G. WAGNER, *(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 103.

Oltre ad alleggerire molte delle difficoltà (anzitutto probatorie) che il paziente-attore affronterebbe in un giudizio di responsabilità, le caratteristiche, sopra ricordate, dei *compensation funds* contribuirebbero senz'altro a preservare la relazione di fiducia tra medico e paziente, anche in funzione della piena cooperazione di questi alla riparazione⁷⁰⁵; al contrario, la responsabilità civile avrebbe concorso ad introdurre, in tale rapporto, sospetto, acrimonia e sfiducia, interrompendo pratiche di apertura al dialogo e allo scambio di informazioni, scoraggiando il professionista alla denuncia di eventi avversi⁷⁰⁶.

Su di un piano di sistema, inoltre, si fa notare come, a differenza delle assicurazioni private, i sistemi di compensazione pubblica – quali i fondi indennitari – non sarebbero connotati da una (almeno astratta) limitatezza di risorse: lo Stato, in altri termini, sarebbe in grado di riparare perdite di qualsivoglia peso economico⁷⁰⁷.

Il ricorso ai modelli *no-fault* non sarebbe, tuttavia, privo di inconvenienti.

Oltre a quanto si dirà *infra* con riguardo alla capacità preventiva, la funzione compensativa e il rischio di potenziali disparità di trattamento tra soggetti danneggiati, la letteratura fa principalmente riferimento ai costi imposti dal fondo, normalmente finanziato mediante il ricorso alla spesa pubblica⁷⁰⁸ (o, in altri casi, tramite un prelievo effettuato presso specifiche categorie di soggetti). In realtà, un'indagine condotta sul sistema neozelandese, pur riconoscendo spese di gestione assai elevate, segnala taluni benefici economici (direttamente o

⁷⁰⁵ Vedi sul punto le riflessioni di T. VANSWEEVELT – S. LIERMAN – W. BUELENS, *No-fault Law on Medical Accidents in Belgium: An Evaluation after Six Years*, in *Journal of European Tort Law*, 2019, 10(3), 257 ss. (in part. 260) e di D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes and Extra-Judicial Solutions in Case of Medical Malpractice. A Commentary on Contemporary Arrangements*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 23.

⁷⁰⁶ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, cit., 117, osserva, infatti, come la responsabilità civile contribuisca a definire la relazione tra medico e paziente.

⁷⁰⁷ G. WAGNER, *(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 102 s.

⁷⁰⁸ Tale inconveniente è segnalato, tra i moltissimi, da L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 52. T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *An Introduction to Compensation Funds. Current Trends and the Questions We Need to Ask*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 6.

Il finanziamento dei fondi avviene, nella gran parte dei casi, mediante risorse statali: queste possono derivare da “general budget” o “special allocated budget” o dalla tassazione generale. Cfr. T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 198 s.

indirettamente) conseguenti all'adozione di un sistema *no-fault*⁷⁰⁹. Una più svelta definizione della richiesta di indennizzo, poi erogato tempestivamente, pone il danneggiato nella condizione di riprendere più velocemente l'attività lavorativa, incrementandone così la produttività, contribuisce alla riduzione della spesa pubblica sanitaria nel lungo periodo e determina un risparmio di costi legati alla gestione amministrativa (non già giudiziaria) della richiesta di indennizzo; non deve, infine, essere trascurato come l'abolizione o il temperamento del contenzioso potrebbe recare con sé un risparmio dei costi che altrimenti graverebbero sul bilancio pubblico per l'effetto di pratiche di medicina difensiva⁷¹⁰.

Per la tendenziale assenza del danneggiato nel procedimento instaurato a seguito della richiesta di indennizzo e per la mancata individuazione del soggetto responsabile (così come della ricostruzione dei fatti), la previsione di *compensation funds* – la cui gestione, si ricorda, è (almeno inizialmente) amministrativa – non presterebbe sufficiente attenzione alla corretta rielaborazione (psico-sociale) del trauma; il rischio di una vittimizzazione secondaria del danneggiato, infatti, non passerebbe tanto dal desiderio di punizione del responsabile, che sembra rivestire un ruolo marginale, quanto dalla necessità del primo di sentire riconosciuto lo stato di vittima, all'interno di un processo – sulla cui legittimità ripone affidamento – ove esprimere il proprio punto di vista ed esternare l'evento traumatico in un confronto con l'autore del fatto⁷¹¹.

4.1. Le funzioni: *deterrence* e (livelli di) *compensation*

Oltre alla (pretesa) rinuncia all'esercizio di una funzione preventiva o deterrente, dei fondi indennitari sovente si censura la quantificazione dell'indennizzo, minimamente generosa e limitata a determinate voci di danno, quindi foriera di fenomeni di c.d. *undercompensation*.

Tali assunti meritano – ancora sul piano comparatistico⁷¹² – un approfondimento.

⁷⁰⁹ In questo senso argomenta anche G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 335 ss., il quale segnala un notevole decremento dei costi amministrativi che i piani *no-fault* determinano rispetto alla responsabilità civile colposa.

⁷¹⁰ T. POPA, *Don't Look for Fault, Find a Remedy! Exploring Alternative Forms of Compensating Medical Injuries in Australia, New Zealand and Belgium*, cit., 128.

⁷¹¹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 290 ss. L'A. in definitiva dubita della capacità dei fondi indennitari di giungere alla pacificazione dei rapporti tra l'autore e la vittima, salva l'introduzione di modifiche sostanziali alle regole di procedura.

⁷¹² La prospettiva di diritto interno sarà, invece, approfondita nel Capitolo IV con riferimenti al principio di integrale riparazione del danno.

Ora, che il livello di compensazione in questa sede riconosciuta al danneggiato sia normalmente (ma non sempre⁷¹³) inferiore alla misura del risarcimento vero e proprio, è affermazione ricorrente in letteratura⁷¹⁴.

Le limitazioni possono tradursi, in via di massima, nella previsione di massimali, in una predeterminazione tabellare della somma, nell'introduzione di soglie di gravità, franchigie o riduzioni in percentuale, nell'esclusione di talune voci di danno, nel riconoscimento di una percentuale sull'intero danno subito o, ancora, in funzione del ricorso all'equità⁷¹⁵. La misura del beneficio riconosciuto al danneggiato, pur senz'altro minore, si presta, tuttavia, ad una maggiore prevedibilità ed accessibilità⁷¹⁶.

Tale diminuita entità parrebbe, per vero, giustificata. Infatti, proprio la semplificazione e la celerità della procedura di riconoscimento indennitario sono fattori che partecipano a bilanciare la limitazione forfettaria nel *quantum* del beneficio che si riconosce al danneggiato e, pertanto, dovrebbero eleggersi a caratteristiche irrinunciabili di qualunque fondo indennitario *no-fault*⁷¹⁷. I sistemi *no-fault*, peraltro, operano sulla scorta di risorse economiche che, pur astrattamente illimitate, sono oggetto di una precisa opera di selezione e destinazione in sede

⁷¹³ Infatti, come riferisce T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOEFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 200, l'idea – pur generalizzata – di indennizzi limitati non sarebbe sempre vera: sul punto, infatti, l'A. rinvia al fondo belga per la riparazione dei danni da atto medico, in grado di offrire una compensazione integrale, misurata in virtù degli standard in uso presso le autorità giudiziarie.

⁷¹⁴ Tra i molti, P. CANE – J. GOUDKAMP, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge, 2018, 447 ss.; G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 327 ss.; K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 521 s.; L. VANHOEFF, *Compensation Funds in Belgium*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 40; H. KOZIOL, *Compensation for Personal Injury: Comparative Incentives for the Interplay of Tort Law and Insurance Law*, in *European Journal of Tort Law*, 2017, 41 ss.; D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes and Extra-Judicial Solutions in Case of Medical Malpractice. A Commentary on Contemporary Arrangements*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 24.

⁷¹⁵ Il panorama, come si comprende, è assai vario e risente della eterogeneità morfologica dei fondi indennitari adottati. Pertanto, per un approfondimento, cfr. T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOEFF - K. WATTS, *op. cit.*, 200.

⁷¹⁶ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 331 ss.

⁷¹⁷ In effetti, riferisce K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 198 ss.: « The compensation quantum issue is the real practical trade-off that a claimant under our four funds experiences compared with a system of compensation that is based on ordinary liability law ». Cfr. anche J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 290 ss. e G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 158 ss.

politica (siffatte restrizioni, al contrario, non riguarderebbero la responsabilità civile, soggetta ai soli limiti di mercato)⁷¹⁸.

Pertanto, un incremento nella misura dell'indennizzo comprometterebbe la sostenibilità di alcuni sistemi indennitari o, quantomeno, finirebbe per richiedere un adeguamento al rialzo nel loro finanziamento (dunque, un ulteriore sacrificio in capo alla contribuzione collettiva)⁷¹⁹.

In ogni caso, sul piano comparatistico non sussistono opinioni convergenti in ordine all'effettiva esistenza di un principio di “*full compensation*” e che a quest'ultimo debba necessariamente ispirarsi, oltre alla responsabilità civile, pure il fondo indennitario; né paiono sussistere riscontri empirici rispetto alla migliore efficacia dei fondi ad integrale riparazione⁷²⁰. Altra conseguenza derivante dall'adozione di uno schema indennitario consisterebbe, secondo un orientamento diffuso⁷²¹, nella neutralizzazione della capacità deterrente, quindi asseritamente preventiva, che viceversa caratterizzerebbe la responsabilità civile.

Tale affermazione richiede, per almeno un duplice ordine di ragioni, un'analisi critica.

Di questo assunto, anzitutto, occorre vagliare la premessa maggiore: la necessità, cioè, che la prevenzione delle occasioni di danno passi dalla deterrenza verso le condotte degli operatori del settore (e che, quindi, lo strumentario di gestione del rischio a questa si riduca). Ad ogni modo, a prescindere dalla bontà di tale effetto, occorre nondimeno considerare come alcuni schemi *no-fault* disciplinino azioni di regresso che il fondo esperisce nei confronti del soggetto danneggiante, tenuto, quindi, (pur indirettamente) responsabile.

Più in generale, nella letteratura comparatistica si dibatte in ordine al ruolo che la funzione deterrente riveste nell'incentivare la prevenzione degli incidenti sanitari⁷²².

⁷¹⁸ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 158 ss.

⁷¹⁹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 355. In effetti, l'A. conclude che: « Qu'il nous soit permis d'exprimer notre scepticisme à l'égard du postulat d'un nivellement des indemnités par les fonds vers le niveau du droit commun de la responsabilité. Tout d'abord, la réparation intégrale d'un dommage n'est pas une fin en soi [...] ».

⁷²⁰ Cfr. la ricognizione di K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 198 ss. In definitiva, la misura dell'indennizzo, che è questione rimessa al legislatore, può variare a seconda di una serie di fattori: « These are legislative policy choices related to the surrounding legal landscape of the fund, the appetite of the legislature, lobbying efforts by lawyers and other interested parties »; soprattutto, vengono in rilievo le possibilità di finanziamento del fondo.

⁷²¹ Tra i molti, T. VANSWEEVELT – S. LIERMAN – W. BUELENS, *No-fault Law on Medical Accidents in Belgium: An Evaluation after Six Years*, cit., 260; D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes and Extra-Judicial Solutions in Case of Medical Malpractice. A Commentary on Contemporary Arrangements*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 24.

⁷²² Come riferisce L. VANHOEFF, *Compensation Funds in Belgium*, in (edited by) T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 38 s., la prevenzione guarderebbe tanto alla prospettiva del

Si è osservato come, proprio in considerazione del loro approccio essenzialmente curativo, tutti i meccanismi risarcitori tradiscano lacune nella dissuasione dei comportamenti forieri di danno⁷²³. In effetti, anche per il sempre maggiore ruolo giocato dall'assicurazione, pure le capacità preventive della responsabilità civile avrebbero conosciuto un indebolimento⁷²⁴.

Occorre soprattutto chiedersi se la presenza di un fondo indennitario, che sostituisce l'ordinaria azione di responsabilità, possa produrre effetti rispetto alla futura ripetizione di condotte negligenti.

Generando uno scollamento tra il risarcimento e l'imputazione del danno mediante l'interposizione di un terzo (il fondo) tra l'autore e il danneggiato, l'instaurazione di un piano *no-fault*, come visto, rinuncia non solo alla possibilità che il danneggiante possa essere chiamato a rispondere in via diretta del proprio fatto dannoso, ma anche all'individuazione dell'autore quale prerequisito per l'erogazione del beneficio, comportando un potenziale allentamento nella tenuta di condotte diligenti da parte degli attori coinvolti, consapevoli che non saranno tenuti a sostenere il costo di tale risarcimento⁷²⁵.

Pertanto, al fine di recuperare i limiti di prevenzione fatti propri dai fondi, occorre che il fondo statale sia finanziato in modo da mantenere un livello sufficiente di deterrenza e, per l'effetto, di sicurezza delle attività rischiose⁷²⁶: a tal riguardo, in letteratura si è proposto di ricorrere a

responsabile, quanto a quella del danneggiato: con riguardo a quest'ultimo si ritiene, infatti, che la presenza di un fondo indennitario potrebbe fungere da disincentivo rispetto alla stipulazione di contratti d'assicurazione. In realtà, preme osservare che i due strumenti possono lavorare parallelamente per completarsi nel *quantum* e che, per altro verso, l'assicurazione possa coprire voci di danno invece trascurate dal fondo.

⁷²³ Cfr., di nuovo, le acute osservazioni di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 359 ss.

⁷²⁴ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 364 s. Per il settore della *medical malpractice*, simili considerazioni sono spese da K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 547 ss. (in part. 548). In tema, si legga anche H. KOZIOL, *Compensation for Personal Injury: Comparative Incentives for the Interplay of Tort Law and Insurance Law*, cit., 48 ss.

Con riguardo al settore della circolazione stradale, v. R.E. KEETON, *The Case for No-Fault Insurance*, cit., 12 ss., il quale esclude che un regime di responsabilità per colpa possa tendere ad "educare" il conducente, il quale non sarebbero, certo, costantemente attento alle conseguenze legali della prima condotta di guida.

Occorre nondimeno osservare – come riferito da V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance. Uno studio comparativo dei sistemi di traffic accident compensation*, cit., 237 ss. – che il settore assicurativo cerca di recuperare (gli inevitabili) vuoti di deterrenza che derivano dal contratto d'assicurazione, mediante il meccanismo di *experience rating*, di modulazione, cioè, dell'importo del premio assicurativo in funzione della sinistrosità pregressa dell'assicurato.

⁷²⁵ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 359 ss. Sul punto, si legga G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 156 s., ove si rileva come la previsione di sistemi di sicurezza sociale porterebbe naturalmente i soggetti in grado di produrre l'attività foriera di danno a limitare gli investimenti nell'adozione di misure di sicurezza atte a prevenirlo.

⁷²⁶ Così, G. PONZANELLI, *op. ult. cit.*, 157.

tecniche di responsabilità parallela ed accessoria, sì da responsabilizzare *a priori* o *a posteriori* l'autore dell'illecito.

Tra le tecniche che operano a valle dell'illecito, un ruolo primario è assunto, oltre all'applicazione di franchigie, dai meccanismi di surroga o regresso entro i limiti dell'indennizzo corrisposto⁷²⁷: eppure, se impiegati in modo sistematico, questi ultimi condurrebbero ad un ritorno verso un sistema di responsabilità individuale (che i fondi indennitari invece intendono superare in favore di una gestione collettiva dei costi del danno), concretizzandosi in una sorta di meccanismo di anticipazione del credito⁷²⁸. In via di compromesso, sembra, quindi, ragionevole limitare l'applicazione delle azioni recuperatorie ai soli casi di colpa grave o dolo⁷²⁹. Si è proposto, ancora, di applicare ai fondi indennitari le tecniche di gestione del rischio assicurativo⁷³⁰.

Sembra, purtuttavia, che il potenziale di massima prevenzione si collochi a monte dell'occasione di danno e sia espresso dalla previsione di campagne di sensibilizzazione ed informazione sui rischi, così come dallo sviluppo di tecniche di sicurezza più avanzate, che operino quale parte integrante di una strategia di prevenzione globale che si avvale della funzione esplicata dagli altri rami del diritto nella proposizione di incentivi alle parti coinvolte⁷³¹.

Venendo alla premessa maggiore, e rivolgendo particolare attenzione al settore sanitario, si è dubitato della capacità dei sistemi di responsabilità di incentivare condotte diligenti, abbassando il tasso di incidenti medicali e promuovendo pratiche di sicurezza delle cure: sarebbero fattori diversi dalla minaccia di un'azione risarcitoria – come il rischio di un

⁷²⁷ Sottolinea l'importanza delle azioni di rivalsa anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 806 ss., il quale le definisce un « importante correttivo per i modelli ispirati alla sicurezza sociale in quanto impediscono la “deresponsabilizzazione” del sistema e, nel contempo, non pregiudicano il preminente interesse del danneggiato a essere risarcito nel modo più rapido e pieno [...] »; cfr. altresì H. KOZIOL, *Compensation for Personal Injury: Comparative Incentives for the Interplay of Tort Law and Insurance Law*, cit., 49 ss.,

⁷²⁸ Cfr. di nuovo J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 380 ss.

⁷²⁹ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 384 ss.

⁷³⁰ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 380 s. Cfr. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, 807 s. il quale ipotizza una differenziazione dei premi in relazione alle diverse classi di merito.

⁷³¹ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 404 ss. L'A. ricorda, ad esempio, come l'obbligo di pubblicazione – ad opera dell'*ONIAM* (cfr. *infra*) – delle strutture responsabili di gravi infezioni nosocomiali e di trasmissione delle relative informazioni ad agenzie regionali, inviti tali enti ad una maggiore attenzione nella reiterazione delle condotte.

pregiudizio alla propria reputazione professionale o l'intervento di paralleli apparati di regolazione – a concorrere, piuttosto, nell'assicurare un certo livello di deterrenza⁷³².

Tale scetticismo non si arresta solo a mettere in dubbio, per l'inesistenza di un sufficiente apparato probatorio, l'efficacia in termini di prevenzione di un'eventuale condanna risarcitoria, ma ne tratteggia altresì i potenziali riverberi dannosi sulla qualità delle cure⁷³³: tra gli altri, lo scarso coinvolgimento dell'esercente nella denuncia delle occasioni di danno, il mancato sviluppo di una cultura dell'apprendimento dall'errore tale da prevenire la ripetizione, in futuro, di tali condotte e i (già ricordati) fenomeni di medicina difensiva⁷³⁴.

Secondo la prospettiva offerta dall'analisi economica del diritto⁷³⁵, non potrebbe prescindersi da una funzione di deterrenza: gli incentivi alla prevenzione della *malpractice* sanitaria, infatti, costituiscono un momento fondativo nella stessa strutturazione dei fondi indennitari⁷³⁶.

Tale effetto si regge su una serie di principi: anzitutto, la prevenzione sarebbe tanto più intensa quanto più l'ordinamento fosse in grado di trasferire il costo del risarcimento sul soggetto posto nella migliore posizione per assumere le iniziative e le misure necessarie per la prevenzione degli incidenti: in applicazione del *systematic approach* sopra descritto, dunque, posto che il nosocomio sembra essere il soggetto meglio in grado di rispondere a questa esigenza, l'effetto preventivo risulterà nondimeno sfumato in considerazione dell'intervento – ove previsto – dell'impresa d'assicurazione⁷³⁷.

⁷³² Lo rileva anche K. OLIPHANT, *Medical Malpractice and Compensation: Comparative Observations*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 547 ss. (in part. 548).

⁷³³ Cfr. S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 152 ss.

⁷³⁴ In questi termini, K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 549 s., il quale discorre, a tal riguardo, di « conspiracy of silence ».

⁷³⁵ Il riferimento non può che andare all'opera di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, rist. inalterata (ad opera di E. AL MUREDEN) 2015. In estrema sintesi, l'A. ricorda come, oltre alle funzioni di giustizia, la responsabilità civile sia chiamata a « ridurre il più possibile il costo dei sinistri e il costo per evitare i sinistri » (*ivi*, 50), attraverso tre principali “*subgoals*”: « [la] riduzione del numero e della gravità dei sinistri »; la riduzione del costo che gli incidenti causano alla società e, infine, la riduzione dei costi di esercizio del sistema di responsabilità civile.

⁷³⁶ L'analisi è svolta da M. FAURE, *Economic Observation Concerning Optimal Prevention and Compensation of Damage Caused by Medical Malpractice*, in J. DUTE – M.G. FAURE – H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, cit., 5-87, in part. 60.

⁷³⁷ Cfr. S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 153. L'analisi è svolta da M. FAURE, *op. ult. cit.*, 60.

Ancora, si rileva come al finanziamento del fondo dovrebbero essere tenuti i soli soggetti che abbiano contribuito allo specifico rischio, la cui traduzione in un danno è oggetto di copertura, e nella misura in cui ne siano stati causa⁷³⁸.

Peraltro, un recente studio ha individuato una serie di ragioni dalle quali poter trarre limiti alla deterrenza esercitata dalle ordinarie regole di responsabilità sulle condotte sanitarie⁷³⁹. Poiché negligenza e condanna sono termini di un binomio inscindibile (con la conseguenza che un simile effetto finirebbe per sbiadire al venire meno di una condanna risarcitoria in caso di condotta colposa), la causa principale consisterebbe – secondo gli autori – proprio in un disallineamento nel rapporto tra sanzione (risarcitoria) e *malpractice*. Tale lacuna deriverebbe, anzitutto, dalla circostanza che la deviazione dagli standard di condotta determinano una responsabilità nella sola ipotesi in cui il paziente abbia subito un danno; in secondo luogo, solo una piccola percentuale dei pazienti danneggiati agisce in giudizio, per la mancata conoscenza di un danno iatrogeno, o all’esito di un’analisi costi-benefici legata al contenzioso; ancora, deve considerarsi come il risvolto necessariamente casistico del contenzioso non permetta all’esercente di comprendere regole generali di condotta cui orientare la propria attività professionale; in quarto luogo, considerata la risoluzione in sede di pre-contenziosa della gran parte dei casi, tale disallineamento discenderebbe dalla scarsa capacità del sistema di prevedere regole accessibili pubblicamente. In conclusione, il sistema non produrrebbe che un effetto marginale nella prevenzione degli incidenti medici⁷⁴⁰.

Altri studi, pur concludendo a favore della capacità della responsabilità di ridurre i rischi clinici, hanno rilevato come il timore del processo, ingenerato in capo alla classe medica, abbia indotto i professionisti ad attuare meccanismi di medicina difensiva⁷⁴¹.

Peraltro, sembra al momento rimasta priva di dimostrazione empirica l’incapacità dei *no-fault compensation funds* a garantire una certa qualità e sicurezza delle cure: al contrario, questi

⁷³⁸ Come rileva M. FAURE, *Economic Observation Concerning Optimal Prevention and Compensation of Damage Caused by Medical Malpractice*, in J. DUTE – M.G. FAURE – H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, cit., 60, infatti, « A second related principle is that this duty to contribute should also be related to the amount in which the specific treatment or hospital contributed to the risk. This principle is usually automatically respected in liability law via the causation requirement. [...] This is reflected in insurance policies in the idea of risk differentiation [...] ».

⁷³⁹ J.V. JACOBI – N. HUBERFELD, *Quality Control, Enterprise Liability, and Disintermediation in Managed Care*, 29 *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2001, 305 ss. (in part. 306).

⁷⁴⁰ J.V. JACOBI – N. HUBERFELD, *op. cit.*, 306.

⁷⁴¹ Lo rammenta S. TAYLOR – D. FAIRGRIEVE – V. WESTER-OUISSÉ, *Medical Accidents and Pharmaceutical Product Liability in France*, in (edited by) M. DYSON, *Regulating Risk Through Private Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 312 ss.

sembrerebbero contribuire in tale direzione proprio in ragione della rinuncia all'individuazione di una responsabilità (che migliorerebbe, quindi, il rapporto tra professionista e paziente), della maggiore apertura all'errore e alla segnalazione di incidenti e alla più facilitata circolazione di informazioni⁷⁴².

In ogni caso, anche a voler ammettere la necessità di un ritorno alla deterrenza⁷⁴³, preme osservare come, per un verso, alcuni ordinamenti (quello francese, per citare un esempio) coordinino lo schema *no-fault* con regole di responsabilità civile e, per altro verso, pure negli ordinamenti che rinunciano del tutto all'azione in *tort*, la sicurezza delle cure verrebbe presidiata dalla previsione di procedimenti paralleli di “*accountability*”, specie deontologici o di generica indagine, ovvero di strumenti di recupero, da parte del fondo e nei confronti del terzo responsabile, delle somme erogate al danneggiato⁷⁴⁴.

In definitiva, a fronte della ridotta capacità dei *funds* di agire come incentivo al mantenimento di livelli di diligenza e sicurezza, comunque bilanciata, in un quadro di sistema, dall'obiettivo di assicurare una più ampia *compensation*, sembra che la previsione di strumenti o procedimenti paralleli, a questi coordinati, unitamente ad apposite iniziative di informazione, siano tali da superare eventuali censure in ordine alla deterrenza dei fondi.

4.2. Fondi indennitari alla prova dei diritti fondamentali (uguaglianza e difesa)

A costituire l'altro polo di criticità in materia di *compensation funds* sarebbe, secondo la letteratura, la ricerca di un fondamento razionale.

Tale fondamento investe, anzitutto, la potenziale discriminazione tra danneggiati cui i fondi – in considerazione del loro ristretto ambito applicativo – potrebbero dare corso: lo stesso danno, in altri termini, verrebbe diversamente considerato a seconda delle circostanze della sua verifica o, in ragione della sua maggiore o minore serietà (come nel sistema di compensazione gestito dal francese *ONIAM*), con la conseguenza che solo una selezionata platea di danneggiati potrebbe accedere ad un indennizzo pubblico⁷⁴⁵.

⁷⁴² J. DUTE, *A Comparison of No-Fault Compensation Schemes*, in J. DUTE – M.G. FAURE – H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Wien, 2004, 471 ss.

⁷⁴³ Cfr. G. WAGNER, *Tort Law and Liability Insurance*, cit., 288.

⁷⁴⁴ L. VANHOEFF, *Compensation Funds in Belgium*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 38, propone, ad esempio, il ricorso al principio del “*polluter-pays principle*” (chi inquina paga).

⁷⁴⁵ L. VANHOEFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 52, sottolineando come, spesso, una giustificazione per questa disparità di trattamento risulta assente.

In altri termini, l'introduzione di un fondo indennitario è espressione di una particolare preferenza nel trattamento accordato a talune categorie di danneggiati rispetto ad altri gruppi di soggetti, parimenti danneggiati.

Tale disparità risulta, già ad un primo sguardo, inevitabile. Pure in ordinamenti – come quello neozelandese e, per certi versi, quello d'oltralpe – ove è presente un sistema universale di compensazione del danno alla persona, emergono talune disparità di trattamento (tuttora oggetto di dibattito): solo coloro i quali abbiano subito un danno in forza di un *accident* potranno ottenere un beneficio da parte dell'ente erogatore; al contrario, tale indennizzo risulta precluso se il danno – pure di medesima fattezza e natura – sia il risultato di una causa diversa, come una malattia (*illness o disease*)⁷⁴⁶.

Ciò non significa che il trattamento preferenziale accordato ad alcune categorie debba reputarsi necessariamente ingiustificato.

La delimitazione dell'ambito di applicazione del fondo – a prescindere che venga attuata mediante la previsione di livelli di gravità del danno o di una selezione delle circostanze di verificazione del fatto dannoso o, ancora, per il settore in esame, della natura o provenienza di taluni atti medici – sembra comunque trovare una prima ragione nella scarsa praticabilità finanziaria di un'opzione estensiva⁷⁴⁷.

Atteso che, entro i limiti delle risorse disponibili, la scelta della categoria cui accordare una tutela indennitaria appartiene, in evidenza, alla discrezionalità del decisore politico⁷⁴⁸, preme constatare come una valutazione giustificativa risulta invero difficile da operare in termini generali: trattasi di comprendere se, in forza di ciascun testo costituzionale, una simile differenza nel trattamento risarcitorio di alcune fattispecie di danno possa o meno trovare giustificazione, per restituire, così, legittimazione dogmatica al fondo indennitario.

Con riguardo a fondi specifici, soluzione di gran lunga più ricorrente di riforme dal carattere universale, una possibile giustificazione potrebbe passare, ad esempio, dalla considerazione

⁷⁴⁶ Sul punto, cfr. Parte II del presente Capitolo. Cfr. S.D. SUGARMAN, *Doing Away With Personal Injury Law*, cit., 113, che così esemplifica: « [...] is someone who is disabled because of the unexpected side effects of a drug designed to relieve the pain of arthritis more deserving of compensation than someone who is directly disabled by arthritis? ».

⁷⁴⁷ Per il sistema francese, S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, cit., 106 ss.

⁷⁴⁸ L'ordinamento francese, ad esempio, ha preferito riservare l'indennizzo ai soli casi (descritti dalla legge e) connotati da maggiore serietà.

che, destinando l'indennizzo ai soli fatti derivanti da una specifica attività rischiosa, il fondo sia in grado di meglio gestire, anzi, internalizzare i costi di quella stessa attività⁷⁴⁹.

Proprio in ragione della problematica individuazione di una ragione giustificativa, gli ordinamenti tendono a favorire soluzioni “miste”, ove sistemi *no-fault*, coordinati con le tradizionali regole risarcitorie, sono mantenuti come semplici opzioni⁷⁵⁰. L'esclusione *tout court* della possibilità di agire *in tort* – la quale passa per la totale sostituzione del sistema di responsabilità con un modello di riparazione alternativo – appare un'opzione senz'altro rara e, come sottolineato, necessitante di un fondamento razionale in ordine al principio costituzionale di eguaglianza e alla garanzia dei diritti fondamentali, quale quello alla difesa⁷⁵¹. Una risposta solo *no-fault*, infatti, richiederebbe una giustificazione rispetto ad un ulteriore profilo di potenziale discriminazione, ossia il diritto del danneggiato ad agire in giudizio per il risarcimento del danno.

Sembra, dunque, preferibile il mantenimento di un'opzione (e cioè, in definitiva, la possibilità di agire in giudizio secondo le regole ordinarie)⁷⁵².

Tale soluzione “mista”, tuttavia, si presta ad un'ulteriore considerazione.

In particolare, la distinzione in precedenza operata tra fondi che operano in via principale e in via sussidiaria impone di considerare il rapporto tra le regole di responsabilità civile e il fondo indennitario.

Il tema si rende invero più complesso allorché il legislatore, al momento dell'introduzione di un fondo, non abbia esplicitamente escluso il ricorso alla responsabilità civile⁷⁵³.

Nei casi di fondi che operino in via preordinata rispetto alle regole di responsabilità, in particolare, in assenza di una specifica indicazione normativa, si tratta di comprendere se il beneficio indennitario e la posta risarcitoria possano essere cumulati: una soluzione in senso positivo, secondo la letteratura, non è preferibile e necessiterebbe di un'apposita e solida

⁷⁴⁹ P. CANE – J. GOUDKAMP, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., 443 ss.

⁷⁵⁰ P. CANE – J. GOUDKAMP, *op. cit.*, 444 s., rileva come, per contro, i sistemi duali si prestino ad una serie di considerazioni critiche. Oltre a pretendere la permanenza in vita delle strutture di responsabilità civile e di assicurazione *third party*, soluzioni miste costituiscono fattore di complicazione, in quanto comportano una moltiplicazione delle regole di disciplina, lasciando, infine, il soggetto più seriamente danneggiato nella posizione meno agevole, quella, cioè, di provare gli elementi dell'illecito al fine di accedere alla liquidazione del danno sofferto in misura ulteriore alla soglia erogata per via indennitaria.

⁷⁵¹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 407 ss.

⁷⁵² J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 407 ss.

⁷⁵³ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 407 ss.

giustificazione, costituendo, viceversa, indizio di una (ulteriore) disparità di trattamento tra danneggiati⁷⁵⁴.

In definitiva, l'opzione di coordinamento più agevole sembra quella che assegna ai *compensation funds* un ruolo sussidiario rispetto agli altri strumenti di riparazione o, in alternativa, un ruolo principale previa l'espressa esclusione di un doppio riconoscimento⁷⁵⁵.

Un altro confronto imposto dall'introduzione dei fondi indennitari attiene al rispetto dei diritti fondamentali di difesa: più in particolare, viene il rilievo il diritto ad un equo procedimento durante l'intera istruzione della richiesta risarcitoria, ove la garanzia di imparzialità e indipendenza potrebbe risultare limitata in considerazione della necessaria sovrapposizione tra ente pagatore ed ente preposto all'accertamento; ancora, tra le ulteriori garanzie processuali che i *compensation funds* devono considerare si annoverano il principio di parità delle armi, di pubblicità e tempestività del procedimento, oltre, ancora, al diritto di ricorrere in giudizio contro un'offerta di risarcimento proposta dal fondo⁷⁵⁶.

Sul piano europeo, il rispetto di tali diritti processuali è imposto, al di là di quanto statuito dalle fonti interne del diritto, anche dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che, all'art. 14, sancisce il "divieto di discriminazione", e, agli artt. 6 e 13, rispettivamente, il "diritto ad un equo processo" e il "diritto ad un ricorso effettivo".

Ora, preso atto delle diversità tra ordinamenti e dell'impossibilità, in questa sede, di offrire una risposta definitiva in ordine alla compatibilità di ciascun fondo alla citata Convenzione, nella letteratura comparatistica si è evidenziato come, rispetto ai fondi di tradizione europea, i sistemi *no-fault* universali richiedano maggiore ponderazione sul profilo del rispetto dei diritti umani specie in considerazione dell'abolizione del diritto di agire per la condanna al risarcimento⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 202 ss. In senso convergente, J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 407 ss.

⁷⁵⁵ T. VANSWEEVELT - B. WEYTS - L. VANHOOFF - K. WATTS, *op. cit.*, 204.

⁷⁵⁶ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 310 ss.

⁷⁵⁷ Sul punto, si rinvia alla più ampia trattazione di K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 380 ss.

5. Premessa: introduzione e perimetro dell’indagine

« [T]he community as a whole should face up squarely to the fact that our socially selfish arrangements [are] the basic cause of accidents; that the cost should be regarded as a charge against society as a whole; and that the burden falling upon those who become the fortuitous causalities of our social needs must be shared as a matter of community responsibility »⁷⁵⁸: le parole di Sir Owen Woodhouse sembrano capaci di condensare al meglio – e, per questa via, di introdurre – l’ideologia di fondo portata dal modello di riparazione del danno alla persona adottato in Nuova Zelanda⁷⁵⁹.

A partire dall’approvazione dell’*Accident Compensation Act (ACA)* del 1972, l’ordinamento neozelandese⁷⁶⁰ ha inteso prendere le distanze dal tradizionale sistema di *negligence* – il quale assegna all’azione risarcitoria (*common law action*) il ruolo di principale (se non esclusivo) rimedio in capo al danneggiato –, preferendo un regime di compensazione *no-fault* centralizzato, amministrato pubblicamente e dal carattere – definito – universale, proprio in quanto volto a indennizzare le vittime di danni all’integrità psico-fisica (“*personal injury*”) conseguenti ad un qualunque fatto accidentale (“*accident*”).

A tale modello numerose realtà giuridiche hanno poi variamente attinto, pur rinunciando ad una sua integrale implementazione, preferendo piuttosto introdurre più specifici fondi: il sistema francese e belga (cfr. parte III) ne rappresentano in questo senso una valida esemplificazione.

⁷⁵⁸ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, Wellington (Government Printing Office), 1967, 56.

⁷⁵⁹ Preme sottolineare che la presente trattazione è basata sul testo dell’*Accident Compensation Act 2001*, disponibile sul sito www.legislation.govt.nz, nella versione aggiornata al 30 ottobre 2022.

⁷⁶⁰ Come ben noto, l’ordinamento neozelandese (Aotearoa New Zealand) appartiene alla tradizione giuridica di *common law*. Anche per questa ragione, lo studio dell’*ACA* non può essere condotto isolatamente: al contrario, esso richiede la comprensione preliminare dei fondamenti del sistema legale neozelandese e della sua struttura costituzionale. Per un primo esame, si leggano J. RURU – P. SCOTT – D. WEBB, *The New Zealand Legal System. Structures and processes*, Wellington, 2016 e S. PENK – M. RUSSELL, *New Zealand Law: Foundations and Method*, Wellington, 2018.

Rimasto perlopiù negletto dalla dottrina italiana⁷⁶¹, un simile schema (nel prosieguo, anche solo definito “ACC”⁷⁶²) dovrebbe invece elevarsi – come si tenterà di dimostrare – a modello di riferimento e di necessario confronto per ogni studioso dei *torts*⁷⁶³.

Per ragioni di economia espositiva e di attinenza alla trattazione, una volta constatate le ragioni che hanno condotto all’elaborazione dell’*ACA* (per lo più condensate nel celebre *Woodhouse Report*) e previa una sintetica trattazione del modello proposto e dei suoi rapporti con la *common law action*, maggiore attenzione sarà invero riservata al tema della riparazione dei danni alla persona riconducibili ad un trattamento sanitario.

6. Origine e sviluppo dell’*Accident compensation scheme*

6.1. Gli esordi (1967): il *Woodhouse Report* e i suoi principi guida

Senza l’ambizione di voler restituire una dettagliata cronologia di ogni sviluppo normativo attraversato dal modello d’indennizzo neozelandese, se ne analizzeranno in questa sede gli snodi evolutivi più significativi.

È il caso, anzitutto, del noto *Woodhouse Report*⁷⁶⁴.

Nel settembre del 1966, l’allora governo laburista aveva incaricato una *Royal Commission* – presieduta da Owen Woodhouse⁷⁶⁵ – di analizzare lo stato dell’arte in ordine al metodo di « compensation and claims for damages for incapacity or death arising out of accidents (including diseases) suffered by persons in employment »⁷⁶⁶ e di redigerne, al termine, una relazione.

L’indagine si era conclusa con la pubblicazione, nel dicembre dell’anno successivo, di un *Report* intitolato « Compensation for personal injury in New Zealand », testo di cui si apprezza

⁷⁶¹ Tra i pochi studi, benché più risalenti, si annovera quello di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danno alla persona nel modello neozelandese tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Danno resp.*, 1998, 323 ss.; G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit.

⁷⁶² Il termine verrà impiegato indifferentemente per riferirsi sia all’*Accident Compensation Corporation* sia allo Schema compensativo.

⁷⁶³ Per ora, valga un riferimento alle “valuable lessons” efficacemente sintetizzate da K. OLIPHANT, *Compensation, Ideology and Patient Safety in New Zealand’s No-Fault System*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 3, 2009, 18.

⁷⁶⁴ Per esteso, ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit.

⁷⁶⁵ Hon Justice Arthur Owen Woodhouse (1916-2014) ha rivestito, tra gli altri, l’incarico di giudice presso la *Supreme Court of New Zealand*. La sua figura è efficacemente illustrata da G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, the Performance and the Future*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 50, 2019, 402. La Commissione era altresì composta da Herbert Leslie Bockett e Geoffrey Arnold Parsons.

⁷⁶⁶ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *op. cit.*, 30.

in ogni passaggio la straordinaria modernità, l'attitudine prospettica e, non da ultimo, la chiarezza di linguaggio⁷⁶⁷.

La portata innovativa – definita a tratti “quasi rivoluzionaria”⁷⁶⁸, per non dire “profetica”⁷⁶⁹ – della relazione traspare altresì nel metodo d'indagine: la Commissione ha inteso, da un lato, evitare un'analisi partitamente circoscritta alla specifica questione giuridica – opportunamente calata in un più ampio quadro di sistema – e, dall'altro, ha ritenuto di abbracciare una metodologia di analisi trasversale, poiché attenta al dato sociale ed economico, come peraltro evidenziato dalle parole della stessa Commissione⁷⁷⁰.

In effetti, pur chiamati ad analizzare la sola materia dell'infortunistica sul lavoro e a considerare le strategie rimediali in quest'ambito prospettabili, i relatori sceglievano di estendere il

⁷⁶⁷ In questo senso si pone l'orientamento prevalente. Secondo G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, the Performance and the Future*, cit., 404, « the Report was written in optimistic, even inspirational, language. It stated five simple social principles with great clarity ». Cfr. K. WATTS, *New Zealand's universal no-fault personal injury compensation fund*, in (a cura di) T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *Compensation funds in comparative perspective*, Cambridge, 2020, 98 s.; G. MCLAY, *Accident Compensation – What's the Common Law Got to Do With It?*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 56, il quale riferisce che « Without question this report [...] remains a towering monument not only to the capacity of law reformers to think great thoughts, but also as a practical example of how that law reform can be comprehensively achieved [...] The Woodhouse Report deserves to be read. It still speaks to our time ».

Tra i molti commentatori, cfr. J.M. MATHESON, *Compensation for Personal Injury in New Zealand: The Woodhouse Report*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1969, 191 ss.; S.L. ANDERSON, *The Woodhouse Report on Compensation for Personal Injury in New Zealand*, in *Auckland University Law Review*, 1969, 1 ss.; D.L. MATHIESON, *Royal Commission of Inquiry: Compensation for Personal Injury in New Zealand*, in *The Modern Law Review*, 1968, 544 ss., esprime una posizione mitigata: pur riconoscendo che « it is difficult to find any really damaging criticisms to level at the Report, breath-taking as its proposals are », sottolinea che « the submissions presented to the Commission might have been more informative [...]. One must protest, however, about the Commission's occasionally rather dubious use of statistics »; A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 449 ss.; K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 35, 2004, 915 ss.; J. WALL, *No-fault compensation and unlocking tort law's "reciprocal normative embrace"*, in *New Zealand Universities Law Review*, 2016, 125 ss.; con particolare riguardo al finanziamento del fondo, R. GASKIN, *Accounting for Accidents: Social Costs of Personal Injuries*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2010, 41, 37.

Sul dato normativo antecedente all'avvento dell'*accident compensation*, cfr. I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand. Its Rise and Fall*, Auckland, 1996, 6 ss., nonché 42-47 per un breve commento in ordine ai lavori della Commissione.

⁷⁶⁸ Così, G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, the Performance and the Future*, cit., 404.

⁷⁶⁹ L'espressione è impiegata da R. GASKIN, *Reading Woodhouse for the Twenty-First Century*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 12. Secondo l'A., inoltre, « back in 1967, the futuristic elements of the Woodhouse Report were truly breathtaking ».

⁷⁷⁰ Lo evidenzia la stessa ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 72: « the whole field of inquired opened up [...] is a social rather than a legal question ».

perimetro dell'indagine⁷⁷¹ a tutte le occasioni di danno alla persona, in quanto, secondo il loro giudizio, « it was impossible to resolve the problem of industrial injuries in isolation »⁷⁷².

Accolte le soluzioni a suo tempo prospettate dal *Beveridge Report*⁷⁷³ (a mente del quale « a complete solution is to be found only in a completely unified scheme for disability without demarcation by the cause of disability »⁷⁷⁴) senza, però, dividerne le argomentazioni di fondo, la Commissione concludeva il proprio lavoro tracciando le linee essenziali di un modello avanguardistico di riparazione del danno: un sistema moderno, unitario, coordinato ed integrale, finanziato pubblicamente e volto a riportare al centro dell'attenzione la figura del danneggiato e i suoi bisogni di compensazione, a prescindere dall'origine del pregiudizio sofferto⁷⁷⁵.

La proposta è, come si vedrà più avanti, quella di un “contratto sociale” stipulato (virtualmente) tra il singolo e la collettività, dal carattere vincolante e inderogabile: in forza di tale patto, al privato viene sottratta la possibilità di promuovere l'azione risarcitoria nei confronti del responsabile a fronte dell'impegno, assunto dalla collettività, di garantire una forma di compensazione.

Un modello così caratterizzato sembrava, ad avviso della Commissione, il solo idoneo a segnare un netto superamento rispetto alle difficoltà appalesate, anzitutto, dai rimedi di *common law action*⁷⁷⁶, di cui auspicava, all'esito dell'analisi, il superamento (o, per meglio dire, la piena neutralizzazione)⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ Si legga a tal proposito l'espressa dichiarazione della ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 30 s. (in part. par. 34): « for the foregoing reasons we have found it essential to examine the social implications of all the hazards which face the work force, whether at work or during the remaining hours of the day. Only by doing this have we been able to make recommendations which we believe can be handled comfortably by the country in terms of cost, and which will provide a co-ordinated and sensible answer to a series of interrelated and complex problems ».

⁷⁷² ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 31.

⁷⁷³ Sir William Beveridge, *Social Insurance and Allied Services: Report by Sir William Beveridge*, London, 1942.

⁷⁷⁴ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 36-38.

⁷⁷⁵ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 19. In breve, un « three-fold form of prevention, rehabilitation and compensation »: queste le parole di J.C. White Q.C., in J.C. WHITE – E.W. THOMAS – B. McCLELLAND – W.G. CLAYTON, *The Woodhouse Report. A Panel Discussion*, cit., 209. Lo stesso O. WOODHOUSE, *Aspects of the Accident Compensation Scheme*, in *The New Zealand Law Journal*, 1979, 395 ss., sintetizza in tre punti le ragioni per uno schema universale di riparazione: l'inadeguatezza dei sistemi allora operanti; la necessaria affermazione di una responsabilità collettiva nella materia e, infine, corollario di questi, *comprehensive entitlement*, il quale include tanto la compensazione monetaria, quanto la riabilitazione effettiva del danneggiato.

⁷⁷⁶ Per un approfondimento sul punto, si rinvia al chiaro lavoro di S. TODD, *Todd on Torts*, 8th ed., Wellington, 2019, 149 ss.

⁷⁷⁷ In effetti, al tempo del *Woodhouse Report* la disciplina della riparazione del danno alla persona si presentava articolata e composita: il rimedio della *damages action* era, infatti, integrato da un triplice sistema di compensazione di fonte legislativa: il *Workers' Compensation Act 1956*, il *Social Security Act 1964* e, infine, il

Prendendo le mosse dal modello di danno allora vigente, le critiche⁷⁷⁸ a questo avanzate si attestavano, anzitutto, sul piano del principio della colpa, definito « erratico e capriccioso »⁷⁷⁹ nel suo operare: la dimostrazione di una responsabilità colposa, pur trovando – in tesi – il proprio fondamento in un’idea di riprovevolezza morale, in realtà si tradurrebbe – e qui si percepisce l’equivoco di fondo⁷⁸⁰ – in una valutazione (affatto soggettiva, bensì) connotata dal canone (o “*standard of care*”) della condotta tenuta dal “*reasonable man of ordinary prudence*”⁷⁸¹, ben più impersonale ed oggettivo.

L’affermazione di una responsabilità, allora, prescinderebbe dall’attitudine o dalla capacità del soggetto, convenuto in giudizio, di adeguarsi allo standard comportamentale richiesto e solo difficilmente apparirebbe meritevole di una “*moral censure*”; il descritto significato, al contrario, sembrerebbe più confacente alle logiche, questa volta sanzionatorie, del diritto penale⁷⁸².

Un’ulteriore smentita dell’opportunità dell’azione risarcitoria sembra provenire dall’istituto assicurativo (specie obbligatorio), mediante il quale sempre più spesso le conseguenze di una condotta colposa vengono ripartite (non già in capo al singolo individuo, bensì) sull’intera comunità, così finendo per trasformare il principio della colpa in una « legal fiction »⁷⁸³.

Un secondo ordine di censure, poi, è stato mosso alla funzione di deterrenza che *in thesi* sarebbe svolta dall’istituto aquiliano⁷⁸⁴. Secondo l’indagine svolta dalla Commissione, infatti, non

Criminal Injuries Compensation Act 1963. Cfr. P. MCKENZIE QC, *The Compensation Scheme No One Asked For: The Origins of ACC in New Zealand*, cit., 195 ss.

⁷⁷⁸ Per una trattazione più ampia, si legga ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 47-62. In ogni caso, di queste critiche è offerta una loro efficace sintesi allorchè si definisce l’impianto alla base del *common law action*: « illogical, the verdicts as entirely uncertain and affected by mere chance, the procedure as costly and slow moving, and the nature of the award and the whole process as an impediment to rehabilitation » (ivi, 47).

⁷⁷⁹ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *op. cit.*, 77.

⁷⁸⁰ In questo senso ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *op. cit.*, 50, riferisce che « the use in law of the word “negligence” to describe an independent civil wrong has created a good deal of confusion even among lawyers. Because the word carries in its ordinary application overtones which seem to warrant some disapproval, the name of the remedy tends to become its vindication ».

⁷⁸¹ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *op. cit.*, 48. In altri termini, « the moral basis for an application of the fault principle cannot be explained in terms of the legal conception of negligence because the test of negligence is objective and impersonal ».

⁷⁸² In definitiva, volendo ricorrere alle parole di J. MUNKMAN, *Employer’s liability at common Law*, 6th ed., London, 1966, 24. « it may be doubted, indeed, whether the question of fault or blame has any legitimate place in the law of compensation for civil injuries: it is a concept which is properly associated with punishment for wrongdoing, and therefore belongs to the criminal law ».

⁷⁸³ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *op. cit.*, 50.

⁷⁸⁴ In questo senso chi scrive ritiene di poter tradurre, per il lettore italiano, il concetto di “*common law action of damages*”.

sarebbe possibile individuare alcun riscontro empirico in favore dell'attitudine della *common law action* ad originare un « financial incentive to be careful »⁷⁸⁵ o giocare un ruolo significativo in termini di sicurezza⁷⁸⁶.

Si nota, ancora, come i rischi occasionati dal contenzioso – tra gli altri fattori: lungaggini processuali, le difficoltà probatorie, la capacità degli avvocati, l'influenza della giuria, l'operatività del concorso di colpa del danneggiato – abbiano finito per connotare la *damages action* in termini profondamente incerti, tanto da trasformarla in un'autentica « lotteria giudiziaria »⁷⁸⁷.

Pertanto, il beneficio della (pur completa) riparazione offerta dal modello in analisi sarebbe di fatto vanificato da simili rischi, i quali finirebbero per svuotarlo, al suo interno, di significato: proprio in virtù della disparità e dell'incertezza cui si è fatto cenno, i destinatari di tale compensazione rappresenterebbero solo una parte risibile (« relatively tiny group ») degli attori in giudizio; una platea più ampia (« small group »), invece, riceverebbe una somma inferiore (anche di molto) rispetto a quella necessaria per l'integrale riparazione; la restante parte dei ricorrenti (« all the rest »), alcuinchè⁷⁸⁸. In questo senso, allora, l'azione risarcitoria difetterebbe, in definitiva, di affidabilità e adeguatezza.

⁷⁸⁵ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 51.

⁷⁸⁶ Rivolgendo lo sguardo, ad esempio, alla circolazione stradale, pure laddove altri fattori (come la personale coscienza, l'educazione alla sicurezza o, ancora, un proprio interesse egoistico) dovessero tutti fallire, nondimeno l'effetto deterrente verrebbe garantito dalla presenza di ulteriori sanzioni (« fines, cancelled driving licences or, in the final resort, imprisonment »), avverso le quali non sarebbe possibile assicurarsi. Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 52.

⁷⁸⁷ In questo senso ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 19 e 52 ss., segnala come il criticismo sia comune in ogni giurisdizione di *common law*: Stati Uniti, Australia, Canada, Regno Unito. In effetti, A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, cit., 452, segnala come, ancora prima del Woodhouse Report, « the inadequacies and failings of the common law action for damages has been a recurrent subject of investigation ». In questo senso, segnala il *Meredith Report* redatto in Ontario nel 1910 e il (già citato) *Beveridge Report* britannico del 1942: « all three endeavours argued for a fundamental change in the principles and practices underpinning existing arrangements to a more rational – both in social and economic terms – approach » (*ivi*, 453).

Il riferimento è, tra gli altri, all'opera di T.G. ISON, *The Forensic Lottery*, London, 1968, 28, di cui le proposte della Commissione sono senz'altro debitorie.

⁷⁸⁸ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 77. In definitiva, dunque, come afferma Mr. Thomas in J.C. WHITE – E.W. THOMAS – B. MCCLELLAND – W.G. CLAYTON, *The Woodhouse Report. A Panel Discussion*, cit., 303, « the negligent action [...] is a means of determining how the aggregate sum payable will be distributed – to what fortunate few. The Woodhouse proposal would take that aggregate sum and distribute it on a basis which is appropriate to the needs and conditions of a highly industrialised, mechanized and motorized society ».

Tra gli ulteriori svantaggi si annoverano « delays » e « suspense »⁷⁸⁹: il processo di disamina dell'evento avverso, la trattazione di questioni procedurali, la preparazione al processo ed eventuali negoziazioni sono tutti fattori, tipicamente connotanti il contenzioso, in grado di allontanare significativamente nel tempo il momento della verifica del danno da quello della sua effettiva riparazione. Così, nella zona grigia di « suspense and anxiety » creatasi, al danneggiato si richiederebbe di sopportare, senza alcuna assistenza, il peso dell'intero danno, al quale occorre peraltro sommare le spese anticipate in vista del contenzioso.

Proprio sui costi del processo (« expenses of the process », comprensive di *deduction* e *legal fees*) – il cui sistema è, per tale ragione, schiettamente definito « cumbersome and inefficient »⁷⁹⁰ – si appuntano le ulteriori critiche della Commissione, vista la capacità di questi di incidere e gravare in maniera assai rilevante sulla somma complessivamente ottenuta dal danneggiato⁷⁹¹. Peraltro, il ricorso al pagamento mediante somma capitale (*lump sum awards*) – sebbene idoneo a soddisfare istantaneamente il desiderio (o, se si preferisce, l'ansia) di compensazione della vittima, pure evitando il rischio di eventuali oscillazioni del potere d'acquisto della moneta – in realtà non parrebbe lo strumento migliore a garantire, specie sul lungo periodo, una piena riparazione.

A fondamento di questa considerazione depone, sia pur in minima parte, la capacità del danneggiato di gestire al meglio la somma capitale; soprattutto, sarebbe meramente illusionistica la convinzione di poter liquidare con esattezza, cristallizzandola al momento dell'esito del giudizio, un'unica somma di denaro, specie in presenza di danni di maggiore serietà, poichè suscettibili di variare nel tempo. Infatti, nonostante l'eventualità che ricorrano delle inesattezze nella sua quantificazione, una somma capitale non potrebbe essere in seguito modificata, in quanto « the assessment are made with absolute finality »⁷⁹².

Il sistema di *common law action*, proprio per le ragioni di incertezza appena viste, si frapporrebbe ad una piena “*rehabilitation*” del danneggiato, lasciato in una perdurante condizione di “*anxiety neurosis*”, facilmente superabile, invece, al ricorrere di pagamenti

⁷⁸⁹ Entrambi esaminati dal ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 57 s.

⁷⁹⁰ Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 77.

⁷⁹¹ Pur non potendo determinare con precisione l'ammontare complessivo delle spese derivanti dal processo, la ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 59 s, ritiene che « it [is] likely that more than 40 percent of the amounts which are paid into the system are for various administrative and legal charges ». E aggiunge: « If this be so, it means that on overall sum equal to two-thirds of the amounts finally received by plaintiffs is swallowed up in administration [...] ».

⁷⁹² ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 60.

tempestivi. A ciò si aggiunge, in ultima istanza, l'assenza di stimoli alla ripresa dell'attività lavorativa⁷⁹³.

Il *Woodhouse Report* non poteva, quindi, che concludere che « all this is ill-suited to the reasonable expectations of men and women who become the fortuitous victims of accident in a complex and fast-moving society »⁷⁹⁴.

Secondo la Commissione, in definitiva, il modello esaminato era in grado di offrire risposte solo frammentarie e incerte al trattamento delle *personal injury*. La *Royal Commission* proponeva, così, un « unified and comprehensive scheme of accident prevention, rehabilitation and compensation »⁷⁹⁵, « no matter where or how the injury might occur »⁷⁹⁶.

Le fondamenta del modello tratteggiato dal *Report* vanno rintracciate in (cinque) principi guida, la cui illustrazione sintetica è bene affidare alle stesse parole dei relatori: si tratta, nell'ordine, di « community responsibility », « comprehensive entitlement », « complete rehabilitation », « real compensation » e, infine, « administrative efficiency ».

Più dettagliatamente:

« First, in the national interest, and as a matter of national obligation, the community must protect all citizens (including the self-employed) and the housewives who sustain them from the burden of sudden individual losses when their ability to contribute to the general welfare by their work has been interrupted by physical incapacity;

Second, all injured persons should receive compensation from any community financed scheme on the same uniform method of assessment, regardless of the causes which gave rise to their injuries;

Third, the scheme must be deliberately organised to urge forward the physical and vocational recovery of these citizens while at the same time providing a real measure of money compensation for their losses;

Fourth, real compensation demands for the whole period of incapacity the provision of income-related benefits for lost income and recognition of the plain fact that any permanent bodily impairment is a loss in itself regardless of its effect on earning capacity;

⁷⁹³ Riferisce la ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 62, che « The Health Department declared itself opposed to lump sum payments (except perhaps for minor disability) because until settlement the workman was concerned about the amount he would finally receive and had little encouragement to return to work or restore himself at the earliest moment to maximum health ».

⁷⁹⁴ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 77.

⁷⁹⁵ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 107.

⁷⁹⁶ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 177.

Fifth, the achievement of the system will be eroded to the extent that its benefits are delayed, or are inconsistently assessed, or the system itself is administered by methods that are economically wasteful »⁷⁹⁷.

Al principio di « community responsibility »⁷⁹⁸ viene assegnata primaria importanza, in quanto idoneo a dimostrare le premesse stesse del modello di riparazione tratteggiato ⁷⁹⁹.

A mente dei Relatori, infatti, poiché la società moderna approfitta del lavoro svolto dai singoli individui, questa dovrebbe farsi carico di coloro che, pur disposti allo svolgimento della prestazione lavorativa, risultano a ciò impossibilitati a seguito di una menomazione fisica; in ogni caso, in un'ottica solidaristica (« on a basis of equity »⁸⁰⁰) la stessa società dovrebbe essere tenuta responsabile e, per questa via, internalizzare il costo dei danni provocati, anche se isolatamente, a taluni (« random but statistically necessary victims »⁸⁰¹) dal necessario esercizio di attività svolte nell'interesse comune.

⁷⁹⁷ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 39, (similmente) 177 s., nonché, per una trattazione più approfondita, 40 s.

⁷⁹⁸ Sul punto, si legga la preziosa analisi condotta da R. GASKIN, *The Enigma of Community Responsibility: Ethical Reflections on Accident Compensation*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 46, 2015, 789 ss., il quale evidenzia come, nonostante il ricco *background* che connota il principio di *community responsibility*, per ragioni ancora in parte sconosciute, esso abbia progressivamente conosciuto una fase di profondo declino, tanto da essere divenuto sostanzialmente silente. Cfr., altresì, G. PALMER, *The Future of Community Responsibility*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 905 ss., il quale ne valuta l'interrelazione con il primo comma dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, a mente del quale: « 1. Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; e ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà ».

⁷⁹⁹ Secondo G. PALMER, *"The nineteen-seventies": summary for presentation to the accident compensation symposium*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 247, il *Report* sarebbe un « warm-hearted and humane document. It took an optimistic view of human nature. The basic idea was that those in distress should be helped and that the wellbeing of each was of concern to all ». Sul punto insiste anche R. GASKINS, *Reading Woodhouse for the Twenty-First Century*, cit., 15 ss., secondo cui il principio in esame sarebbe giustificato proprio dal livello di interdipendenza che connota la società moderna, chiamata dunque a gestire rischi sempre più complessi (e sempre meno originanti dalla condotta del singolo individuo). In quest'ottica, dunque, la risposta offerta dalla *common law action* si rivela non solo insufficiente, in quanto limitata ad affermare una responsabilità in capo al singolo, in chiave ancora individualistica, ma anche potenzialmente dannosa in termini di prevenzione. In definitiva, « community responsibility is a future-leaning concept of social well-being. It does not refer exclusively to compensation payments, and indeed may point more immediately to prevention and rehabilitation » (*ivi*, 19).

⁸⁰⁰ In questo senso, ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 40.

⁸⁰¹ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, *ibidem*.

Al di là delle descritte ragioni di, in sintesi, « moral responsibility »⁸⁰², il principio di responsabilità collettiva trovava altresì fondamento in un « vested interest » della società a incentivare il recupero (tanto economico, quanto fisico) di ogni cittadino adulto, le cui attività incidono sul benessere della stessa collettività⁸⁰³.

Seguendo l'impostazione appena enunciata, l'occasione di un *accident* cesserebbe di rappresentare una questione strettamente attinente alla sfera del diritto privato: in quanto ascrivibile ad una responsabilità collettiva, essa dovrebbe essere piuttosto gestita a livello amministrativo. Anche in questo senso si giustificherebbe, allora, la ferma volontà del *Report* di precludere al danneggiato, per il tramite del fondo compensativo, il diritto ad un'azione di *tort law*.

Alla stessa idea di “*community-wide responsibility*” risponde, peraltro, l'istituzione di un'autorità indipendente, di origine governativa, chiamata a garantire il pieno sviluppo del fondo, in armonia con i principi analizzati. Anche per questa ragione, dunque, la Commissione riteneva di escludere, da quest'area, le società private d'assicurazione⁸⁰⁴.

Particolare attenzione è dedicata, in seconda battuta, al principio di « complete rehabilitation », definito, sia pur mediante un rinvio alla definizione adottata negli Stati Uniti, quale « the restoration of the handicapped to the fullest physical, mental, social, vocational, and economic usefulness of which they are capable »⁸⁰⁵: tale riabilitazione s'intenderebbe raggiunta, dunque, al maturamento – auspicabilmente nel minor tempo possibile – della piena indipendenza sociale ed economica dell'individuo.

I benefici di un programma strutturato di *complete rehabilitation* si apprezzano, a parere della Commissione, sotto molteplici punti di vista: al di là dell'attenzione al dato umano – nella forma

⁸⁰² Il riferimento è a S. CONNELL, *Community insurance versus compulsory insurance: competing paradigms of no-fault accident compensation in New Zealand*, in *Legal Studies*, 2019, 39, 502.

⁸⁰³ Il superamento dell'idea di responsabilità individuale in favore di quella collettiva è brillantemente espresso anche nel seguente passaggio: « If the well-being of the work force is neglected, the economy must suffer injury. For this reason the nation has not merely a clear duty but also a vested interest in urging forward the physical and economic rehabilitation of every adult citizen whose activities bear upon the general welfare ». Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 20.

⁸⁰⁴ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 108 e 180 s. In questo senso, S. ST JOHN, *Reflections on the Woodhouse Legacy for the 21st Century*, cit., 297, riferisce che « [...] Owen Woodhouse offered a paradigm leap that went well beyond the Royal Commission's narrow terms of reference he had been given. In doing so he wanted to create a scheme for mitigating the inequality and injustice inherent in free market insurance arrangements ».

⁸⁰⁵ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 141 ss.

di « independence », « self-respect » e « alleviation of the strain of incapacity »⁸⁰⁶ – essa consente, in chiave economica, di evitare i costi legati alla temporanea incapacità lavorativa del soggetto ed incrementare l'attività produttiva.

In tema di « accident prevention »⁸⁰⁷, lo schema di compensazione tratteggiato si propone di svolgere, anche mediante la previsione di un accesso immediato ad appositi *report* e l'istituzione di un apposito dipartimento, un ruolo attivo nella promozione della sicurezza in tutte quelle aree potenzialmente esposte ad occasioni di danno, così da prevenirne (o comunque limitare) il costo sociale.

La Commissione procedeva, infine, a rassegnare le proprie « conclusions and recommendations »⁸⁰⁸. In quella sede considerava ulteriori tratti caratterizzanti il sistema (non per caso definito « a form of social insurance – not a form of social assistance »⁸⁰⁹): l'obbligatorietà dello schema⁸¹⁰; la necessaria integrazione col sistema di sicurezza sociale esistente (anche al fine di ovviare a fenomeni di doppia compensazione in risposta ad un medesimo pregiudizio); il ricorso a pagamenti periodici; la previsione di un indennizzo non integrale (equivalente all'80% della perdita subita), tale da lasciare « some margin of effort to personal initiative »⁸¹¹, la cui compensazione è ancorata ad un *income-related basis* anziché *flat-rate*; per la risoluzione di eventuali controversie, una procedura di tipo non contenzioso, snella e tempestiva, con eventuale accesso, per questioni di diritto, all'esame di una corte; ne individuava, infine, il costo stimato e le fonti di finanziamento⁸¹².

Pur sottolineando l'assoluta neutralità delle cause del pregiudizio – *accident* ovvero *illness* – ai fini dell'attribuzione della relativa compensazione (in quanto giudicate parimenti rilevanti e meritevoli di considerazione), la Commissione, avendo giudicato la propria proposta come sufficientemente “*far-reaching*”, sceglieva di non indugiare oltre sul punto⁸¹³. Così, assegnando

⁸⁰⁶ Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 142.

⁸⁰⁷ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 132-140.

⁸⁰⁸ Cfr., per un approfondimento, la parte IX del *Report*: ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 177 ss.

⁸⁰⁹ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 107.

⁸¹⁰ Pertanto, non vi sarà spazio per « special arrangements or [...] “contracting out” ». Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 180.

⁸¹¹ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 181.

⁸¹² Più diffusamente, si veda ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 163-176.

⁸¹³ In effetti, è la stessa ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *op. cit.*, 26, a domandarsi « how incapacity arising from sickness and disease can be left aside. In logic there is no answer ». Prevaleva, così, un atteggiamento di maggior prudenza, atteso che, tra le altre ragioni (*ivi*, 26) « it might

priorità al tema della sola *accident compensation*, lasciava i pregiudizi derivanti da *sickness* e *disease* ai benefici (meno generosi) della sicurezza sociale.

Proprio in questo senso depono la scelta dell'ordinamento neozelandese, tanto che di tale distinzione è offerta prova tangibile persino nella legislazione vigente: nonostante le molte censure avanzate in letteratura, tuttora, infatti, si esclude dal perimetro di operatività dell'*ACA* la compensazione del danno derivante da *illness*⁸¹⁴.

6.2. L'approvazione dell'*Accident Compensation Act 1972* e le successive riforme

Se si considera la portata pionieristica delle proposte avanzate dalla Commissione, il dibattito immediatamente successivo, pur contemplando certo delle censure⁸¹⁵, aveva registrato dei toni, tutto sommato, solo tiepidamente critici. Ad ogni modo, consta in letteratura una certa discordia in ordine alla valutazione delle reazioni ai principi del *Report* e alla loro successiva implementazione in forma legislativa⁸¹⁶.

In ogni caso, le opposizioni mosse, in forma più o meno paludata, dai tre principali gruppi di interesse colpiti – l'industria assicurativa⁸¹⁷, il comparto legale (interamente rappresentato dalla

be thought unwise to attempt one massive leap when two considered steps can be taken », vista anche l'urgenza di coordinare i sistemi, allora scollegati, operanti nel campo del danno. Sul tema si appuntano le critiche di parte della letteratura. Cfr., tra i molti, J.M. MATHESON, *Compensation for Personal Injury in New Zealand: The Woodhouse Report*, cit., 202; R. GASKINS, *Reading Woodhouse for the Twenty-First Century*, cit., 15.

⁸¹⁴ Cfr. par. 5.

⁸¹⁵ In questo senso appare senz'altro indicativo il *Panel discussion* organizzato dalla *New Zealand Law Society*, J.C. WHITE – E.W. THOMAS – B. MCCLELLAND – W.G. CLAYTON, *The Woodhouse Report. A Panel Discussion*, in *The New Zealand Law Journal*, 1969, 297 ss.

⁸¹⁶ In questo senso S.L. ANDERSON, *The Woodhouse Report on Compensation for Personal Injury in New Zealand*, cit., 10 ss. sottolinea come, al tempo del suo scritto (1969), visto il proposito del *Report*, questo aveva creato solo « little public discussion ». In definitiva, « apart from statements made by representatives of various bodies affected following the publication of the Report, little has been said ».

Con riguardo alle reazioni suscitate dall'introduzione dello schema, cfr. G. PALMER, *Compensation for Incapacity: A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Oxford, 1979, 115 ss. e T.G. ISON, *Accident compensation*, cit., 179, per cui « although the abolition of tort liability met with a mixed reaction initially, it now appears to have broad acceptance ».

Le conclusioni di Ison sono invece smentite da L.N. KLAR, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: A Tort Lawyer's Perspective*, cit., 100 s., per il quale la sua riflessione sarebbe stata frutto di una « general impression » piuttosto che di una « conclusion based on any empirical study ». L'Autore, pur ritenendo che « it is true to state that there has been no major public outcry or large-scale demand for the return of common law rights », sottolinea che ciò non dovrebbe rappresentare il termometro per valutare la reazione pubblica al nuovo programma di compensazione (*ivi*, 101).

⁸¹⁷ Per J.M. MATHESON, *op. ult. cit.*, 203 ss., le critiche riguardarono il costo dello schema, nonché « the breakdown of the figures concerning present insurance costs, and complaints by them that the Commission made little inquiry into road accidents costs basing its assumptions on the Absolute Liability Committee Report ». Cfr. G. PALMER, *op. ult. cit.*, 115-123: l'introduzione dello schema avrebbe significato per il comparto assicurativo una diminuzione di circa un sesto dei premi raccolti dalle circa 60 compagnie operanti nel settore al momento della pubblicazione

New Zealand Law Society)⁸¹⁸ e i movimenti sindacali (con, in particolare, la *Federation of Labour*) ed altre organizzazioni⁸¹⁹ – non furono tali da ostacolare irrimediabilmente il percorso di accoglimento ed implementazione delle previsioni contenute nella relazione Woodhouse⁸²⁰:

del Report. L'industria assicurativa sceglieva di trattare « behind closed doors » col governo, evitando una campagna d'opposizione pubblica.

⁸¹⁸ Sul punto, si v., di nuovo, l'analisi di G. PALMER, *Compensation for Incapacity: A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, cit., 115 e 123 ss. Secondo l'A., vi era una profonda spaccatura in seno alla professione legale: una parte significativa di essa sosteneva, infatti, il superamento del regime di *negligence action*, mentre un'altra corrente sembrava auspicare una sua conservazione. L'A. ricorda che nel 1971 meno del 20% degli avvocati in Nuova Zelanda si occupava di responsabilità civile da *personal injury* (i pochi che, tuttavia, trattavano la materia ottenevano importanti compensi). In generale, la condotta che il comparto legale ha tenuto con riguardo alla riforma è definita esemplare, in quanto dimostrativa di un « public spirited approach, in which the financial interests of one segment of the profession were not permitted to dominate the views put forward by others ».

Sottolinea l'Autore come, col tempo, vi fu maggiore concordia in ordine allo scarso impatto provocato dalla riforma sulla professione forense e solamente alcuni, pochi, operatori subirono una diminuzione del proprio fatturato (*ivi*, 127 s.). Per spiegare ciò, l'A. invoca alcune motivazioni. Tra queste, si consideri come alla classe forense fosse stato dato un sufficiente lasso di tempo (cinque anni) per prepararsi all'approvazione dell'ACA e, dunque, adeguare e diversificare il proprio lavoro. In aggiunta, le pratiche e i processi relativi ad eventi anteriori al 1° aprile 1974 continuarono fino ad almeno il 1978. Occorre considerare, infine, che « legal professional incomes have in fact continued to rise since the introduction of the new scheme ».

Invero indicativo della cennata spaccatura tra le *District Societies* è il risultato del *Panel discussion* organizzato dalla *New Zealand Law Society*, J.C. WHITE – E.W. THOMAS – B. MCCLELLAND – W.G. CLAYTON, *The Woodhouse Report. A Panel Discussion*, cit., 297 ss. Per un'opinione favorevole, si leggano i contributi al Panel di J.C. White e E.W. Thomas. Critica è, invece, la visione espressa da Mr. McClelland, per il quale il *Report* sarebbe « a document presenting one side only, and [...] at times couched in extravagant and vague terms » (*ivi*, 300). Ne censurava, inoltre, il metodo di indagine, così come l'intero substrato dal quale sono scaturite le proposte della Commissione: a partire dall'esistenza di una critica pubblica al sistema allora vigente, passando per la presunta obsolescenza (almeno pratica) del *fault system* e l'incertezza del contenzioso. Lo stesso ricorso alla *lottery* come immagine descrittiva sarebbe fallace. Ulteriori censure sono avanzate da Mr. Clayton (*ivi*, 304 ss.) e condivise da altri partecipanti al *Panel*. P. MCKENZIE, *The Compensation Scheme No One Asked For: The Origins of ACC in New Zealand*, cit., 194, sottolinea che « a significant feature of the panel discussion was the overwhelmingly negative view of the Woodhouse Report by those contributors to the panel discussion whose comments have been reported » e come, tra i commenti più frequenti, vi fosse la scarsa considerazione riservata alla *common law action* e che « the Report had exceeded its terms of reference ».

⁸¹⁹ Per un resoconto delle osservazioni rese dalle unioni sindacali e la loro influenza, cfr. G. PALMER, *op. ult. cit.*, 128 ss. In realtà, come ricorda l'A., al di là delle richieste formulate ai *Select Committee* parlamentari, le organizzazioni sindacali non sembra si siano particolarmente adoperate al riguardo (*ivi*, 128). Il presidente della *Federation of Labour* aveva espresso un sostanziale favore verso la riforma, salvo alcune eccezioni (si pensi, tra le altre, al divieto dei lavoratori di agire in giudizio mediante una *common law action*); le reazioni si fecero in seguito più critiche dinanzi al *Gair Select Committee* e dopo la pubblicazione della relazione del *Select Committee*. Infine, l'A. dà conto della posizione espressa da altre organizzazioni: la reazione più critica e tranciante fu quella della *New Zealand Automobile Association*; maggiore favore era invece espresso dalla *New Zealand Public Service Association* e da altre organizzazioni varie; parimenti favorevoli all'abolizione della *common law action* erano le associazioni degli operatori sanitari (*ivi*, 130).

⁸²⁰ G. PALMER, *op. ult. cit.*, 115 ss. osserva che « in the end none of the three groups opposed the scheme to the extent that progress could not be made ». Concorda con questa lettura anche K. WATTS, *New Zealand's universal no-fault personal injury compensation fund*, cit., 100 s., secondo cui « the relatively non-combative nature of New Zealand's pressure groups certainly made it easier for the government to implement the ACC Scheme ».

in effetti, tali raccomandazioni trovavano una loro (prima) traduzione in sede legislativa nell'*Accident Compensation Act* approvato, poco tempo più tardi, nel 1972.

Ora, più che dedicarsi ad una minuziosa rassegna delle numerose riforme attraversate dall'*ACC* – sulle quali indugeremo per brevi cenni, potendo rinviare alla cospicua letteratura esistente sul punto⁸²¹ – sembra interessante adottare, per il prosieguo della trattazione, una triplice prospettiva d'indagine: in questo senso, dunque, occorrerà analizzare le reazioni emerse a fronte della pubblicazione del *Report*, comprendere se lo spirito innovatore di cui si è resa portavoce la *Royal Commission* sia stato effettivamente accolto dal Parlamento neozelandese o, in quale misura, disatteso, per valutare, in chiave diacronica, infine, lo sviluppo del contenuto normativo del modello.

A tal proposito, sembra possibile individuare almeno cinque principali versioni (senza considerare modifiche ancillari) della disciplina in esame: l'*Accident Compensation Act 1972*; l'*Accident Compensation Act 1982*; l'*Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992*; l'*Accident Insurance Act 1998*; infine, l'*Accident Compensation Act 2001*.

Ad essere investite dai citati interventi del legislatore neozelandese furono, in sintesi, le seguenti questioni: la nozione di “*accident*”, di “*personal injury*” e “*mental injury*”; il metodo di verifica della (riacquisita) capacità lavorativa; il ricorso a pagamenti corrisposti periodicamente (*weekly compensation*) o in somma capitale (*lump sum*); nonché, infine, le modalità di finanziamento del fondo⁸²².

L'*Accident Compensation Act 1972* merita, quindi, una breve disamina.

Almeno nella formulazione originaria, lo schema presentava una copertura assai più ridimensionata rispetto a quella proposta dal *Woodhouse Report*, in quanto limitata ai soli soggetti i quali avessero subito un danno sul luogo di lavoro o causato dalla circolazione di veicoli⁸²³. Prima della sua entrata in vigore (1° aprile 1974), tuttavia, con l'insediamento del nuovo governo laburista, se ne era estesa la portata finendo per garantire una copertura universale per tutte le tipologie di vittime di lesioni all'integrità psico-fisica⁸²⁴.

⁸²¹ Per un'analisi del processo di adozione, in sede legislativa, dell'*ACC*, si legga J.R. MARTIN, *Establishment of the Accident Compensation Commission 1973: Administrative Challenges*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 249 ss. (in part. 255 ss.). Per un'analisi più dettagliata delle modifiche all'*ACC* (sino al 1996), si legga I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 47 ss. Con riguardo al processo di riforma, cfr. S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 25-31.

⁸²² In questo senso, cfr. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 7 e 9.

⁸²³ In effetti, come riferisce S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 25, « In its original form this was a scaled down version of the Woodhouse Commission's recommendations ».

⁸²⁴ S. TODD, *op. ult. cit.*, 25; L.N. KLAR, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: A Tort Lawyer's Perspective*, cit., 84 s.

Quale contropartita per i benefici corrisposti dal fondo compensativo, il legislatore sceglieva, in piena adesione alle raccomandazioni del 1967, di impedire al danneggiato di citare in giudizio il responsabile per *negligence* secondo i meccanismi dell'azione risarcitoria (o di fare ricorso agli strumenti del *workers' compensation*): tale divieto è tuttora vigente⁸²⁵.

Come poc'anzi anticipato, si è soliti definire questo compromesso in termini di “*social contract*”⁸²⁶ in quanto, a fronte di tale rinuncia, è l'ordinamento ad assumersi la responsabilità del pregiudizio arrecato alla vittima e, mediante una distribuzione della perdita sull'intera collettività⁸²⁷, questo si impegna a garantire al danneggiato una copertura certa, effettiva e tempestiva (benchè meno generosa)⁸²⁸.

Di “*social contract*” discorre altresì l'*Accident Compensation Act 2001* nella formulazione oggi vigente: la S. 3 (contenuta nella Parte 1, dedicata alle “*Preliminary provisions*”) prevede, tra le finalità dell'Atto, proprio quella di « rafforzare il contratto sociale » recato dal modello di compensazione.

Queste, in breve, le principali caratteristiche connotanti (almeno in origine) lo schema: difettava una precisa definizione di « *personal injury by accident* », rimessa in definitiva alle decisioni rese in sede di revisione o appello; l'amministrazione dello schema era demandata all'*Accident Compensation Commission*; i benefici si componevano di somme corrisposte settimanalmente

⁸²⁵ Cfr. S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 25 ss.

⁸²⁶ Sul punto, v. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 6. Al fine di illustrarne le caratteristiche, sembra utile prendere in prestito le parole di I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 74 ss.: « [...] a contract notionally entered into by the groups representing claimants and the government – a contract of which there is no written record, and which did not result from any formal negotiations. Many will claim, with some justification, that the contract is just as real as if it was engraved in tablets of stone ».

Per la giurisprudenza, si leggano le riflessioni contenute in *Brightwell v ACC* (Court of Appeal), in *NZLR*, 1985, 1, 139 s.: « No doubt one of the reasons is that the threefold major purposes of the Act are the safety, rehabilitation and compensation of persons who suffer personal injury by accident. It is a kind of *social charter* [corsivo nostro], largely replacing the common law in a defined field. The compensation scheme represents a body of rights assured to citizens and others: rights not meant to be seen as depending on political largesse or fluctuation »; nonché *Queenstown Lakes District Council v Palmer* (Court of Appeal), in *NZLR*, 1999, 1, 549: « Essentially, the accident compensation legislation in both its original and amended forms denied those persons covered under the Act access to the Courts at common law in return for the perceived advantages of the statutory scheme. The legislation reflected this policy from the outset. The exchange has frequently been spoken of as a social contract or social compact ».

⁸²⁷ In questi termini, *Accident Compensation Corp (ACC) v Ambros* (Court of Appeal), in *NZLR*, 2008, 1, 340 (in part. 348): « It is not the aim of the accident compensation regime to assign blame. At the broadest level of generality, its aim is to promote distributive rather than corrective justice by spreading the economic consequences of negligent conduct over the whole community and to provide compensation for injury (regardless of fault) [...]. This is often described as a social contract: in return for the loss of the right to sue for personal injury, the community shares the costs of the injury [...] ».

⁸²⁸ Così D. TENNENT, *op. cit.*, 6.

(*weekly compensation*) e, sia pure entro certi limiti, di pagamenti in unica soluzione (*lump sum payments*); il fondo era finanziato da tre fonti: datori di lavoro e lavoratori autonomi (“*earner’s scheme*”), i proprietari di autoveicoli (“*motor vehicle accident scheme*”) e prelievo fiscale generalizzato (“*supplementary scheme*”).

Ad uno sguardo di sintesi, il modello adottato nel 1972 sembrava potersi assegnare alla categoria della *social insurance* piuttosto che all’ambito della sicurezza sociale o dell’assicurazione privata⁸²⁹.

Giudicato perlopiù soddisfacente rispetto alle indicazioni del Report, dello schema la letteratura sembra incline a rimarcare piuttosto i tratti di divergenza e le omissioni.

La « significant disjunction »⁸³⁰ corrente tra lo spirito audace della Commissione *Woodhouse* e la maggiore cautela adottata in sede politica ed amministrativa ben potrebbe spiegarsi, specie per le modifiche di maggiore entità, alla luce di uno spirito di compromesso politico, resosi necessario al fine di rendere lo schema maggiormente gradito ai gruppi di interesse⁸³¹.

Tra i principali punti di collisione si annoverano: i limiti imposti alla compensazione in caso di lesione di breve periodo⁸³²; più in generale, il metodo di compensazione (specie in forma capitale) e di finanziamento⁸³³; il riscontro delle cause di invalidità; l’amministrazione dello schema e la procedura di appello⁸³⁴ che, almeno secondo la Commissione *Woodhouse*, avrebbe dovuto essere informale ed agevole.

Sembra dunque prudente concludere che « [the accident compensation scheme] is not the *Woodhouse* scheme, but *Woodhouse* is its father »⁸³⁵.

⁸²⁹ Cfr. S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 26.

⁸³⁰ Così A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, cit., 455 s.

⁸³¹ In toni decisamente critici, v. G. PALMER, *New Zealand’s Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 228 ss.: « Indeed, of the report’s recommendation about half were faithfully adopted in the subsequent legislation. [...] At least 36 major issues exist upon which decisions have to be taken in order to fashion a complete accident compensation policy. [...] The survival of recommended *Woodhouse* policy - 17 out of 36 major policy issues - makes it difficult, if not impossible, to judge the *Woodhouse* reform model would have worked had it been enacted in substantially the terms that it recommended ». K. WATTS, *New Zealand’s universal no-fault personal injury compensation fund*, cit., 94, sembra invece rimarcare maggiormente i tratti di somiglianza, allorchè rileva: « The 1972 legislation can be seen as largely fulfilling the original spirit of the *Woodhouse* Report ».

⁸³² Concorda altresì A. CLAYTON, *op. cit.*, 456.

⁸³³ G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, The performance and The Future*, cit., 406.

⁸³⁴ G. PALMER, *op. cit.*, 228 s., nonché ID., *op. ult. cit.*, 406 ss.

⁸³⁵ B. WILKINSON, *The Accident Compensation Scheme: A Case Study in Public Policy Failure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 320.

Nel corso degli anni '80 del secolo scorso – approvato l'*Accident Compensation Act 1982*⁸³⁶ – il sostegno tendenzialmente condiviso nei confronti dell'*ACC* aveva lasciato spazio a censure sempre più insistenti, così suggerendo all'esecutivo di incaricare la *Law Commission* di redigere un report, poi pubblicato nel 1988⁸³⁷.

Principale oggetto di censura era, in quella sede, la mancata espansione della copertura ai casi di pregiudizi diversi da quelli strettamente *accidental* (come la semplice malattia)⁸³⁸, la cui comprensione, peraltro, non avrebbe condotto il sistema verso una crisi di tenuta finanziaria.

In seconda battuta si auspicava l'abolizione dei pagamenti corrisposti in unica soluzione, a favore, invece, di quelli periodici, in quanto ritenuti maggiormente adeguati⁸³⁹: come sottolineato dal *Woodhouse Report*, infatti, a differenza delle somme capitali, i pagamenti periodici consentirebbero di superare l'ostacolo della « finality of the process and the (often consequential) delay in fixing the amount impeded rehabilitation »⁸⁴⁰, poiché sono suscettibili di essere modificati al variare delle condizioni e delle necessità del soggetto leso; tale istituto rappresenterebbe, per questa via, un incentivo alla riabilitazione⁸⁴¹.

⁸³⁶ La riforma, se da un lato lasciava intatto l'ambito della copertura, dall'altro apportava un duplice ordine di sostanziali modifiche: alla *Accident Compensation Commission* subentrava la *Accident Compensation Corporation* (anche definita, *the Corporation*), dotata di un proprio consiglio di amministrazione; in secondo luogo, il metodo di finanziamento veniva convertito nello schema 'pay-as-you-go'. Cfr. S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 26 e I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 57 s. Come avverte G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 230 ss., al di là del passaggio al modello pay-as-you-go, il quale ha rappresentato il più importante cambiamento effettuato dal legislatore, « the Accident Compensation Act 1982, while completely rewriting the legislation, made little significant policy change to the 1972 policies as amended in 1973 ».

⁸³⁷ Si tratta di LAW COMMISSION, *Personal Injury: Prevention and Recovery: Report on the Accident Compensation Scheme* (R4), Wellington, 1988, consultabile sul sito <https://www.lawcom.govt.nz/our-projects/accident-compensation> (accesso effettuato in data 28 febbraio 2023).

Le ragioni dell'incarico alla *Law Commission* sono dalla stessa meglio delineate « [...] at the end of 1986 there were large and sudden demands upon employers for increased levy income. All this was associated with complaints about cost and administration. Other issues were raised as to some aspects of benefits and entitlement » (*ivi*, ix).

Per un commento, cfr. K. KEITH, *The Law Commission's 1988 Report on Accident Compensation*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2003, 34, 293 ss.; C. YATES, *Law Commission proposals for accident compensation: What place for personal remedies?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 1989, 19, 29 ss.

⁸³⁸ LAW COMMISSION, *op. cit.*, 7 ss.

⁸³⁹ Cfr. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 6. La LAW COMMISSION, *op. cit.*, 7 ss. e 57 ss. riferisce a tal proposito che « Periodic payments have several widely recognised advantages over lump-sums. As the legislation in its present form recognises, they can much more accurately match the loss of income or an appropriate part of it ».

⁸⁴⁰ LAW COMMISSION, *op. cit.*, 57.

⁸⁴¹ LAW COMMISSION, *op. cit.*, 58.

Oltre alle (quasi contestuali) proposte della *Royal Commission on Social Policy*⁸⁴², seguiva, poco più tardi, un *policy statement*, intitolato « A Fairer Scheme »⁸⁴³). Pur riconoscendo la bontà dello schema ed affermando la volontà di mantenerlo⁸⁴⁴, i timori espressi in quest'ultima sede riguardavano, anzitutto, l'aumento insostenibile dei costi⁸⁴⁵, principalmente dovuto all'interpretazione estensiva che alcune decisioni avevano reso in ordine alle locuzioni “*personal injury*” e “*accident*” (di cui difettava una precisa definizione normativa) determinandone, in definitiva, un ampliamento dell'ambito di operatività⁸⁴⁶.

Così, nell'intento di assecondare le indicazioni dello *Statement*, nel 1992 veniva approvato il c.d. *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*⁸⁴⁷. La riforma doveva anzitutto

⁸⁴² THE ROYAL COMMISSION ON SOCIAL POLICY, *The April Report. Future Directions* (vol. 2), Wellington, 1988, in part. 725 ss. Al pari della Law Commission, si proponeva la rimozione della distinzione tra *accident* e *injury*, in quanto considerava che « [a] person struck down by disease may suffer the same kinds of economic and social loss as are sustained by a person struck down by a car, yet the community response as measured by the community funded support is markedly different ». Pertanto, siccome « there is no justification for such a stark difference between society's response to the injured and its response to the sick and the disabled », il *Report* concludeva che « steps should be taken to redress the unfairness ».

⁸⁴³ W.F. BIRCH, *Accident Compensation. A Fairer Scheme* (Department of Labour), Wellington, 1991.

⁸⁴⁴ In apertura W.F. BIRCH, *op. cit.*, 1, riferisce che « the Government recognises the positive value of a comprehensive, no-fault accident compensation scheme and will retain it »; nonchè, poco più avanti, « when the accident compensation scheme was introduced in 1974, it provided one of the world's most advanced schemes for compensating the victims of accident. Even today it remains as one of the few truly comprehensive, no-fault scheme with 24-hour coverage » (*ivi*, 8).

⁸⁴⁵ In W.F. BIRCH, *op. cit.*, 1, infatti, si legge che il costo per l'*accident compensation* era aumentato del 25% (in media) annuo tra il 1985 e il 1990 e continuava ad aumentare ad un livello inaccettabile.

⁸⁴⁶ In questo senso, si legga W.F. BIRCH, *op. cit.*, 8 e 30 ss. « in the present legislation there is no definition of either personal injury or accident. As a result, the boundaries of the scheme have been extended over the years to cover situations which most people would have difficulty in reconciling with the common view of what an accident is. This, in turn, has led to cost increases ». Alla luce di quanto affermato, dunque, la proposta del Ministro era quella di separare le varie categorie dei beneficiari (*personal injury by accident; medical misadventure; occupational disease; industrial deafness*). Per questa via, « the separation of the distinct conditions will enable boundaries of the scheme to be more clearly defined. This will enable a clear and consistent standard to be applied to claims. It will also help eliminate unintended extensions to the scheme ».

⁸⁴⁷ Per un'analisi più approfondita, si rinvia a I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 92 ss. Come riferisce S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 28 s. (al quale si rinvia per le ulteriori modifiche apportate dalla riforma del 1992) a causa del difetto di una coerente linea politica e della drastica riduzione dei benefici corrisposti dallo schema, la riforma fu oggetto di particolare critica; eppure, lo stesso A. sottolinea che « [yet] some of the criticism of the new Act arguably were overstated ».

In senso critico, si legga, tra gli altri, T.G. ISON, *Changes to the accident compensation system: An international perspective*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 1993, 23, 25 ss. il quale, dopo aver passato in rassegna gli aspetti maggiormente problematici, conclude « if there is any hope now of restoring the system to a rational basis, one possibility might be to implement more faithfully the recommendations of the Woodhouse Report »; I.B. CAMPBELL, *op. cit.*, (in part.) 251-257, il quale rimarcava la necessità di tornare ai cinque principi guida espressi da *Woodhouse*, oltre ad una maggiore attenzione sul tema della prevenzione (*ivi*, 253); G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1994, 223 ss.

fare i conti con l'incertezza circa il perimetro operativo dello schema, oggetto di interpretazione estensiva ad opera delle Corti (su cui *infra*)⁸⁴⁸; si procedeva, poi, ad un contenimento dei costi mediante il taglio di alcuni benefici corrisposti dallo schema, con riguardo, ad esempio, alla possibilità di corrispondere pagamenti *lump sum*.

Ad essa faceva seguito il *Accident Insurance Act 1998*, volto ad una decisa privatizzazione di parte della disciplina⁸⁴⁹.

La più recente versione dello schema veniva offerta, infine, dall'*Accident Compensation Act 2001*⁸⁵⁰, tuttora vigente, salvo alcune modifiche intervenute successivamente: si pensi, tra le altre, all'*Accident Compensation Amendment Act 2005*, al quale si deve la sostituzione – affatto nominalistica – del concetto di “*medical misadventure*” o “*negligence*” con quello di “*treatment injury*”, come si vedrà *infra*, e, ancora, all'*Accident Compensation Amendment Act 2008*, volto a garantire un indennizzo per alcune tipologie di *work-related mental injury*.

Le previsioni dedicate alla copertura, invece, venivano lasciate sostanzialmente intatte. D'altro canto, tra le novità più significative si annovera, anzitutto, una decisa inversione di tendenza rispetto alle strategie di privatizzazione adottate nel 1998, la reintroduzione delle somme capitali, oltre alla previsione di piani dedicati alla materia della prevenzione al fine di ridurre il tasso di incidenza delle occasioni di danno e promuovere, a tal fine, una cultura improntata alla sicurezza e alla salute⁸⁵¹.

Nell'intento di offrire un breve sguardo riepilogativo, può notarsi come, nonostante le numerose modifiche che hanno interessato negli anni l'*ACA*, il funzionamento dello schema sia rimasto grosso modo inalterato – almeno nei suoi caratteri fondanti – rispetto all'originaria versione, entrata in vigore nel 1974⁸⁵².

⁸⁴⁸ Per ora, basti il riferimento a S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 28. Ne dà atto anche K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, cit., 922 ss.

⁸⁴⁹ Si decideva che la *Corporation* non avrebbe più offerto copertura in caso di *workplace injury*, così obbligando i datori di lavoro a stipulare un contratto d'assicurazione con una compagnia privata o un nuovo assicuratore pubblico, istituito per competere con le società private d'assicurazione. Coperture e benefici rimanevano, invece, inalterati. A fondamento di questa riforma si deduceva la necessità di porre maggiore attenzione in tema di sicurezza, riabilitazione ed efficienza nella gestione delle pratiche. Si passava, infine, dal sistema di finanziamento *pay-as-you-go* a quello, originario, *full funding*. Si legga sempre S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 27-29.

⁸⁵⁰ Originariamente denominato “*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001*”.

⁸⁵¹ Cfr. S. TODD, *op. cit.*, 29-31 e D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 6. In effetti, lo scopo dall'*ACA 2001* veniva dallo stesso descritto in questi termini: « The purpose of this Act is to enhance the public good and reinforce the social contract represented by the first accident compensation scheme » (Part 1 – S. 3).

⁸⁵² In questo senso K. OLIPHANT, *Beyond misadventure: compensation for medical injuries in New Zealand*, in *Medical Law Review*, 2007, 15, 358; S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 22. Concorda anche A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, cit., 457: « while there were measures to tighten features of the ACC scheme, particularly in respect to particular aspects of continuing benefit entitlements, the overall structural

Tra questi aspetti (appena definiti) fondanti, occorre senz'altro rammentare la natura puramente *no-fault* ed il carattere onnicomprensivo, poiché lo Schema prescinde dalla fonte del danno⁸⁵³. A quest'ultimo strettamente collegato (e parimenti sopravvissuto ai decenni di stratificazione normativa dell'*ACC*) è il deciso abbandono del sistema di *common law action for damages*⁸⁵⁴. Occorre nondimeno constatare come tale abbandono non abbia seguito un andamento sempre lineare: è chiaro, infatti, che la stessa definizione – più o meno precisa, circoscritta e dettagliata – di “*injury*” e “*accident*”, categorie chiave dell'ambito di operatività dello schema, ha necessariamente finito per incidere sulla possibilità – più o meno estesa – di fare ricorso al contenzioso.

Né sembra che, quantomeno fino a tempi recentissimi, sia emerso un « political appetite »⁸⁵⁵ nel senso di un recupero del modello di *common law* quale strumento di riparazione del danno alla persona.

7. L'attuale disciplina dell'*ACC Scheme*

All'esito del descritto percorso di riforma è possibile offrire un breve inquadramento dei principali tratti caratterizzanti il modello neozelandese di riparazione del danno.

7.1. L'*Accident Compensation Corporation*

Lo Schema, come anticipato, è amministrato dall'*Accident Compensation Corporation (ACC)*, ente che la sezione 259 dell'*ACA 2001* definisce “*Crown Entity*”⁸⁵⁶ e che, pertanto, è assoggettato alla disciplina del *Crown Entity Act 2004*. Si tratta, più precisamente, di un *Crown*

aspects of the scheme were quite incredibly largely immune from this assault » e S. CONNELL, *Community insurance versus compulsory insurance: competing paradigms of no-fault accident compensation in New Zealand*, cit., 499 s.

⁸⁵³ Lo sottolinea A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, cit., 456: « this feature of comprehensive no-fault coverage is both the starting point and the note of conclusion. Throughout the many vicissitudes of the ACC scheme's quarter century history this grundnorm feature has remained basically undisturbed ». In questo senso D. TENNENT, *Degenerative conditions: one of the dilemmas of accident compensation cover. Is there a way of clarifying the confusion in order to achieve fairness?*, in *New Zealand Universities Law Review*, 2009, 23, 315: « While significant differences can be identified in these [four separate pieces of legislation, n.d.a.], what has remained constant is the provision of a comprehensive, no-fault accident compensation scheme providing twenty-four-hour coverage for traumatic injury and some other conditions ».

⁸⁵⁴ G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 223 e 238 ss.

⁸⁵⁵ G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, the Performance and the Future*, cit., 406 s., per il quale tale consenso sarebbe fondato « on the clear evidence that, had the previous system been retained, it would be costing significantly more than accident compensation ». Concorda altresì S. CONNELL, *op. cit.*, 500.

⁸⁵⁶ Per la definizione e la disciplina delle diverse tipologie di *Crown Entities*, si rinvia alla lettura del *Crown Entity Act 2004*.

Agent ed è dunque chiamato a realizzare e perseguire le politiche di governo, in quanto diretta da un “Ministro responsabile”⁸⁵⁷.

L’*ACC* è gestito da un “*Board*” (di seguito, anche Consiglio), i cui membri sono nominati dal Ministro dell’*ACC*⁸⁵⁸, e che a quest’ultimo risponde per la gestione finanziaria e operativa dell’ente⁸⁵⁹. In particolare, il Consiglio è chiamato ad assicurare l’esatto adempimento degli obblighi statutari facenti capo all’ente, tra i quali si annovera: la complessiva gestione delle procedure di compensazione⁸⁶⁰; la promozione di misure volte alla riduzione della frequenza e della severità di *personal injuries*⁸⁶¹; la gestione finanziaria dei fondi⁸⁶².

Il Consiglio può delegare talune attività ad un *Chief executive*, a capo dell’*Executive Team* dell’*ACC*⁸⁶³.

7.2. Il finanziamento del Fondo (“*Funding*”)

Per il suo evidente impatto sulla fiscalità generale, il metodo di finanziamento dell’*ACC* ha da sempre rappresentato uno dei nodi più politicamente controversi dello Schema. Non a caso, infatti, l’attuale disciplina di *funding* si colloca a valle di un costante processo di riforma che è stato scandito proprio dai mutamenti di partito alla guida dell’esecutivo e dagli obiettivi, anzitutto politici, da questi portati⁸⁶⁴.

Le ragioni del dibattito si spiegano, anzitutto, nel riflesso che tale componente dispiega rispetto agli obiettivi di prevenzione, compensazione e recupero dei danneggiati e nel modo stesso di intendere, in termini di sistema, l’*ACC* (cioè, quale modello assicurativo o, al contrario, di *welfare*)⁸⁶⁵.

In chiave diacronica, occorre poi rilevare come, fin a partire dalla sua approvazione, lo Schema abbia costantemente mantenuto un doppio binario di finanziamento, variamente modulato a

⁸⁵⁷ Lo si ricava dalla Part 1 della Schedule 1 del *Crown Entity Act 2004*.

⁸⁵⁸ *ACA 2001*, sezione 267 (versione vigente al 30 ottobre 2022).

⁸⁵⁹ Per le disposizioni relative alla responsabilità dell’*ACC* verso il Ministro, cfr. sezioni 269 ss. (*Provisions relating to accountability of Corporation*), *ACA 2001* (versione vigente al 30 ottobre 2022).

⁸⁶⁰ *ACA 2001*, sezioni 262 e 165 (versione vigente al 30 ottobre 2022).

⁸⁶¹ *ACA 2001*, sezioni 262 e 263 (versione vigente al 30 ottobre 2022).

⁸⁶² *ACA 2001*, sezione 262 (versione vigente al 30 ottobre 2022).

⁸⁶³ <https://www.acc.co.nz/about-us/who-we-are/our-minister-board-ce-and-executive/#the-executive> (accesso in data 16 marzo 2023).

⁸⁶⁴ La questione era peraltro messa in luce dalla Commissione Woodhouse proprio nello stesso incipit del lavoro. Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 19.

⁸⁶⁵ R. GASKIN, *Accounting for Accidents: Social Costs of Personal Injuries*, cit., 37.

seconda della tipologia di pregiudizio da ristorare: prelievi (“levies”) su talune attività e ricorso alla tassazione generale⁸⁶⁶.

Il finanziamento dello Schema è disciplinato alle sezioni 166 e seguenti dell’*ACA 2001 (Part Six)* ed è strutturato attorno a cinque principali canali (“*Accounts*”), ciascuno dei quali volto a risarcire specifiche ipotesi di danno: “*Work Account*”; “*Earners’ Account*”; “*Motor Vehicle Account*”; “*Non-Earner Account*”; nonché, infine, “*Treatment Injury Account*”.

Per ragioni di attinenza alla trattazione, giova spendere alcune riflessioni in ordine a quest’ultimo canale di finanziamento, diretto, come si desume dal *nomen*, alla copertura dei pregiudizi iatrogeni (anche precedenti al 2005, al soddisfacimento delle condizioni di cui alla sezione 228, para 1, lettera b).

Almeno secondo la sezione 228 dell’*ACA 2001*, il finanziamento del *Treatment Injury Account* consterebbe di tre fonti: importi corrisposti dagli esercenti la professione sanitaria o dalle strutture ospedaliere (o da un gruppo specifico di essi); in caso di insufficienza di questi importi, subentra l’*Earners’ Account* o il *Non-Earners’ Account* a seconda che il danneggiato sia un percettore di reddito oppure no (ovvero, più semplicemente, un soggetto lavoratore).

Alla data del 21 febbraio 2023, in realtà, la facoltà - prevista dallo Statuto - di imporre dei prelievi nei confronti della classe medica non è (ancora) stata esercitata dall’*ACC*⁸⁶⁷, con la conseguenza che « The Treatment Injury Account is funded by an appropriation from government and levies collected at a flat rate from earners, which includes health professionals »⁸⁶⁸. In sintesi: concorrono al finanziamento dell’*Account* tanto i prelievi quanto su datori di lavoro e lavoratori autonomi, quanto stanziamenti di bilancio (tassazione generale, in definitiva)⁸⁶⁹.

Le proporzioni di tali entrate sono state comunicate dall’*ACC* nel suo *Annual Report 2022*⁸⁷⁰: per l’anno finanziario 2021/2022, 245 milioni di dollari (NZD) derivano da *Government appropriation* e 85 da *Levy Revenue*.

⁸⁶⁶ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 98.

⁸⁶⁷ In questo senso, S. TODD, *op. ult. cit.*, 99.

In data 2 febbraio 2023, chi scrive si è rivolto all’*ACC* formulando un “*Official Information Act Request*” (reference: GOV-023165), le cui risposte sono state accluse al corpo del testo.

⁸⁶⁸ *Official Information Act Request*, GOV-023165.

⁸⁶⁹ Per un approfondimento, il rinvio è al sito istituzionale del Ministero del Tesoro neozelandese: <https://www.treasury.govt.nz/information-and-services/state-sector-leadership/guidance/planning/appropriations-and-reportable-outputs> (accesso effettuato il 16 marzo 2023).

⁸⁷⁰ <https://www.acc.co.nz/assets/corporate-documents/acc8430-acc-annual-report-2022.pdf> (accesso effettuato il 16 marzo 2023). Si legga, in particolare, la pagina 106.

Infine, come confermato dalla stessa ACC, non è previsto un sistema di *experience rating*, volto alla diversa (più o meno favorevole) modulazione del prelievo richiesto alla classe medica in base alla frequenza delle occasioni di danno da questi cagionate⁸⁷¹.

7.3. I destinatari (“Cover”)

È possibile ora passare ad esaminare le categorie di pregiudizi passibili di compensazione.

Lo scopo dell’*Accident Compensation Act* – enunciato alla sezione 3 – è quello di « enhance the public good and reinforce the social contract represented by the first accident compensation scheme by providing for a fair and sustainable scheme for managing personal injury »: a questo primo Schema, deputato alla generale amministrazione delle lesioni alla sfera giuridica apatrimoniale, l’ACA devolve la (duplice) funzione di prevenire l’insorgenza di danni e l’impatto che questi hanno sulla collettività quale costo sociale, patrimoniale e non.

Il fulcro degli obiettivi compensativi si coglie, dunque, nel concetto di “*personal injury*”, ossia di lesione all’integrità psico-fisica, rimanendo viceversa indifferenti gli aspetti di pregiudizio attinenti alla sfera economica del soggetto: attorno a questo perno – su cui si indugerà *infra* – è costruito l’(assai) articolato sistema di riparazione del danno offerto dallo Schema.

È bene allora prendere le mosse dalla sezione 20 dell’*ACA 2001*, la quale fornisce un’utile chiave di comprensione e sintesi.

A partire da questa norma, tentando di operare una *summa* delle 12 categorie di copertura⁸⁷², al ricorrere delle condizioni previste dallo Schema⁸⁷³ l’indennizzo viene assegnato a quattro ordini di destinatari: coloro che abbiano subito un danno all’integrità psico-fisica causato da un fatto accidentale (“*accidental personal injury*”); i pazienti (direttamente o indirettamente) danneggiati da un atto medico genericamente inteso (“*treatment injury*”), il quale è *expressis verbis* escluso dal perimetro semantico tracciato dall’*accident*⁸⁷⁴; i pregiudizi correlati alla prestazione dell’attività lavorativa (“*work-related injury*”); infine, va segnalata la fattispecie della “*mental injury*” (lesione alla sfera psichica), risarcibile nei soli casi in cui essa sia conseguenza di un pregiudizio all’integrità strettamente fisica, o se è sofferta da vittime di taluni reati o se correlata, infine, all’ambito lavorativo.

⁸⁷¹ *Official Information Act Request*, GOV-023165.

⁸⁷² S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 32.

⁸⁷³ Ci si riferisce, tra le altre, a quelle delineate dalla sezione 20, paragrafo 1, lettere a) e b): « A person has cover for a personal injury if – (a) he or she suffers the personal injury in New Zealand on or after 1 April 2002; and (b) the personal injury is any of the kinds of injuries described in section 26(1)(a) or (b) or (c) or (e) [...] ».

⁸⁷⁴ Sezione 25, paragrafo 2, *ACA 2001*.

In definitiva, l'assegnazione della copertura è subordinata ad una prova – per così dire – bifasica: l'aver subito un pregiudizio all'integrità psico-fisica e, in seconda battuta, che questo sia ricollegabile ad un *accident* o, alternativamente, ad una delle occasioni di danno appena descritte⁸⁷⁵.

La copertura viene, di norma, garantita a qualunque persona si trovi in Nuova Zelanda, ivi compresi i visitatori⁸⁷⁶, a prescindere da condizioni di impiego e di età⁸⁷⁷.

7.4. La compensazione (“Entitlements”)

È l'*Accident Compensation Corporation* il soggetto deputato alla verifica, nel caso concreto, circa la sussistenza delle condizioni per il risarcimento. All'ente spetta, altresì, il compito di provvedere all'elargizione delle somme in conformità a quanto stabilito dall'*ACA*⁸⁷⁸.

La sezione 69 dell'*ACA 2001* elenca le diverse voci pecuniarie passibili di erogazione.

La prima fattispecie è strumentale (e, perciò, indicativa) al perseguimento delle funzioni che notoriamente si assegnano allo Schema: *in primis*, la complessiva riabilitazione del danneggiato (« rehabilitation, comprising treatment, social rehabilitation, and vocational rehabilitation »). In questo senso depone pure il disposto della sezione 3, lettera c), dell'*ACA 2001*, laddove s'individua nella riabilitazione il « primary focus » dell'Ente, in virtù del quale esso è chiamato a garantire al danneggiato il raggiungimento di un'adeguata qualità di vita mediante una riparazione che, anche dal punto di vista economico, sia in grado di ripristinare il più possibile la salute, l'autonomia e la partecipazione di questi.

La riabilitazione è senz'altro fonte di doveri in capo alla sola *Corporation* (sezione 70, lettera a), ivi compresa l'individuazione di un apposito “piano individuale di riabilitazione” (sezioni 75 ss.). Anche al ricorrente, però, compete un obbligo di autoresponsabilità rispetto alla propria condizione e tenuto conto delle conseguenze derivanti dalla lesione (sezione 70, lettera b), oltre ai doveri informativi di cui alla sezione 72.

Può dunque comprendersi la definizione di « rehabilitation » recata dalla sezione 6, paragrafo 1: « [it] a) means a process of active change and support with the goal of restoring, to the extent

⁸⁷⁵ C. HODGES – S. MACLEOD, *New Zealand: The Accident Compensation Scheme*, in *Redress Schemes for Personal Injuries*, cit., 37 s.

⁸⁷⁶ Per questi ultimi, tuttavia, sono previste talune limitazioni ed esclusioni di copertura. Cfr. sezione 23, *ACA 2001* e S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 32 s. La sezione 22 disciplina altresì casi di applicazione extraterritoriale dello schema.

⁸⁷⁷ <https://www.acc.co.nz/about-us/who-we-are/what-we-do/> (accesso effettuato in data 19 marzo 2023).

⁸⁷⁸ Sezione 68, *ACA 2001*.

provided under section 70, a claimant's health, independence, and participation »; riabilitazione che si scompone nelle sottocategorie di « treatment, social rehabilitation, and vocational rehabilitation ».

La complessiva « rehabilitation » del danneggiato, quindi, passa per il recupero fisico e cognitivo e un esame volto al rilascio di un certificato (“*treatment*”; cfr. sezione 6), per il ripristino dell'indipendenza del ricorrente (“*social rehabilitation*”; cfr. sezioni 81 ss.⁸⁷⁹) e per il mantenimento o il raggiungimento di una posizione lavorativa o per la riacquisizione della sua capacità al lavoro (“*vocational rehabilitation*”; cfr. sezioni 85 ss.).

Il riconoscimento della seconda voce di ristoro (« first week compensation », sezioni 97-99) è invece limitato al solo pregiudizio cagionato da (o, comunque, sul presupposto di) un'attività lavorativa: tale obbligo, sussistente in capo al datore di lavoro, è volto a rappresentare per quest'ultimo un incentivo a garantire la presenza di buone pratiche di sicurezza sul luogo di lavoro.

Nessuna limitazione di tal fatta è invece disposta in ordine a « weekly compensation » (sezioni 100 ss.), la quale costituisce la più rilevante fonte di ristoro per il danneggiato.

La voce in esame garantisce a quest'ultimo un importo pari all'80% dei guadagni settimanali del ricorrente, da corrispondere a partire dalla settimana successiva alla data del verificarsi del danno⁸⁸⁰; in ogni caso, a prescindere dall'importo calcolato, l'ACC è responsabile a corrispondere al ricorrente una cifra non superiore a \$1,341.31⁸⁸¹.

Tra i poteri che competono all'Ente, la sezione 117 contempla la facoltà di sospendere, rimuovere o rifiutare le provvidenze in presenza di talune condizioni.

Il terzo indice di ristoro è rappresentato da « lump sum compensation »: compensazione in forma capitale, corrisposta *una tantum*, in presenza di una invalidità permanente (« permanent impairment »)⁸⁸².

Sotto il previgente *Accident Compensation Act* del 1972 e del 1982, tale somma veniva corrisposta, entro il limite di 17.000 NZD, per « loss of faculty » (in termini di perdita di funzionalità fisica) ed entro i 10.000 NZD per « pain and suffering and loss of enjoyment of

⁸⁷⁹ È interessante osservare il disposto della s. 81: « In this section, key aspect of social rehabilitation means any of the following: (a) aids and appliances: (b) attendant care: (c) child care: (d) education support: (e) home help: (f) modifications to the home: (g) training for independence: (h) transport for independence ».

⁸⁸⁰ Si legga, sul punto, la sezione 100, *ACA 2001* e la sezione 32 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁸¹ Si legga, sul punto, la sezione 100, *ACA 2001* e la sezione 46 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁸² Sezione 69, lettera (d), *ACA 2001*. La definizione di “impairment” è recata alla sezione 6: « unless otherwise defined in regulations made under section 322, means a loss, loss of use, or derangement of any body part, organ system, or organ function ».

life ». La riforma del 1992 aveva invece abrogato quest'ultima voce e convertito la prima in una « independence allowance » comunque ritenuta – pure nelle riformulazioni successive – sostanzialmente insoddisfacente: si discorreva, a tal riguardo, di una violazione del *social contract*, poiché tali somme venivano originariamente concepite come un'ulteriore forma di compensazione per il venir meno del diritto di agire in via giudiziale⁸⁸³.

Superando il previgente modello di « independence allowance », la sezione 54 (Schedule 1, *ACA 2001*) prevede, oggi, l'obbligo per l'*ACC* di corrispondere una somma capitale al ricorrente, a condizione che sia stato riscontrato che il grado di menomazione sull'intera persona sia stimato in misura pari o superiore al 10%: la valutazione del « whole person impairment » è rimessa ad un valutatore (« assessor ») nelle modalità previste dalla sezione 59, Schedule 1, *ACA 2001*.

Per espressa previsione di legge (sezione 56, Schedule 1, *ACA 2001*), l'importo minimo è di 2500 NZD fino ad un massimo di 100.000 NZD⁸⁸⁴.

Fino ad ora si è considerata la posizione del soggetto superstite.

L'*ACC*, infatti, è altresì tenuta a garantire alcune provvidenze ai familiari o comunque ai soggetti i quali dipendano da colui che, a seguito di una *personal injury*, sia deceduto⁸⁸⁵. Sono a tal proposito previsti degli importi a favore di questi soggetti a titolo di « funeral grant »⁸⁸⁶, « Survivor's grant »⁸⁸⁷ e « weekly compensation »⁸⁸⁸ per il partner rimasto in vita, per il figlio⁸⁸⁹ o altri soggetti economicamente dipendenti⁸⁹⁰.

7.5. La procedura e i suoi gravami (“Claims process” e “Dispute resolution”)

Al fine di ottenere il ristoro, il danneggiato è tenuto a presentare una richiesta (*claim*) presso l'*ACC* (sezioni 48 e 49, *ACA 2001*) attraverso l'ausilio di un operatore sanitario⁸⁹¹ ed entro un

⁸⁸³ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 87.

⁸⁸⁴ S. TODD, *op. cit.*, 87 s., sottolinea come gli importi intermedi vengano definiti in base ad una scala graduata, così da garantire una proporzione tra le somme corrisposte e il grado di severità della lesione. Tali dati sono adeguati annualmente, in linea con l'indice dei prezzi al consumo.

⁸⁸⁵ In termini generali, si legga la sezione 69, lettera (e), *ACA 2001*.

⁸⁸⁶ Sezione 64 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁸⁷ Sezione 65 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁸⁸ Sezione 66 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁸⁹ Sezione 70 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁹⁰ Sezione 71 (Schedule 1) dell'*ACA 2001*.

⁸⁹¹ <https://www.acc.co.nz/im-injured/what-to-do/> (accesso in data 26 marzo 2023).

termine⁸⁹² di 12 mesi dal momento in cui si è verificato il danno o è sorta l'esigenza di un ristoro⁸⁹³.

L'ACC è chiamata a decidere "tempestivamente" (sezione 54) se accogliere o meno la richiesta: in caso di esito positivo, la sezione 50 prevede che siano date al richiedente tutte le informazioni riguardanti il ristoro e che a questi gli venga facilitato l'accesso.

Per poter prendere una decisione, l'ACC può, dove necessario, chiedere apposita documentazione da parte del ricorrente (sezione 55), ivi compresi: un certificato da parte dell'operatore sanitario incaricato dal richiedente, ogni altra informazione ritenuta rilevante; può, altresì, autorizzare l'Ente ad accedere a cartelle cliniche relative alla richiesta, sottoporsi ad un accertamento, o redigere di una dichiarazione scritta riguardante una questione relativa alla procedura.

L'ACC, al termine della propria indagine, deve comunicarne l'esito per iscritto. In caso di decisione sfavorevole, deve offrire le ragioni della stessa e dare informazioni generali rispetto al diritto del richiedente di chiedere la revisione della decisione o l'appello, ferma restando la possibilità per l'Ente di rivedere e riformulare la propria decisione in caso di errore.

Anche nell'indagine delle richieste di risarcimento più complesse (ivi comprese quelle da *treatment injury*), l'ACC è tenuto a rispettare termini assai stringenti (sezione 57); pur prevedendosi la possibilità di proroghe, la decisione deve pervenire al più tardi entro il termine di 9 mesi dalla presentazione della richiesta (sezione 57(4)).

Laddove l'Ente non dovesse rispettare i termini – dunque, perentori – la sezione 58 prevede che si debba considerare la richiesta quale accolta.

Nella gestione della procedura, così come in qualunque altra attività che implichi la relazione col richiedente, l'ACC è tenuta a conformarsi al *Code of Claimants' Rights*, dal quale discendono una serie di obblighi di comportamento ed informativi (sezioni 39 e seguenti) in capo all'Ente e, dall'altro lato, diritti per il richiedente. Lo scopo del Codice è essenzialmente quello di soddisfare le ragionevoli aspettative dei richiedenti (incluso il più alto standard praticabile di servizio e correttezza) su come l'ACC dovrebbe trattare⁸⁹⁴.

La sezione 134 contempla tre ordini di legittimati a chiedere la revisione della decisione (procedura che non determina la sospensione dell'efficacia della decisione già resa

⁸⁹² In ogni caso, secondo la sezione 53(2): « The Corporation must not decline a claim lodged after the time limit specified in this section on the ground that the claim was lodged late, unless the claim's lateness prejudices the Corporation in its ability to make decisions ».

⁸⁹³ In termini più articolati, si legga la sezione 53(3) e (4).

⁸⁹⁴ Sezione 40, *ACA 2001*.

dall'*ACC*⁸⁹⁵): ai nostri fini, è principalmente il richiedente (*claimant*) a poter chiedere all'Ente di rivedere, tra le altre, ogni decisione emessa con riguardo alla richiesta.

La presentazione della revisione deve avvenire secondo le modalità e nelle forme prescritte dalla sezione 135 e, in particolare, entro 3 mesi dalla data della decisione impugnata o dalla sua notifica. A seguito della presentazione, viene nominato un revisore, il quale deve agire in maniera indipendente nella conduzione dell'istruttoria e deve aderire ai principi generali di condotta (sezioni 140 e seguenti). Il revisore deve rendere per iscritto una decisione entro 28 giorni dalla data dell'udienza, ove prevista⁸⁹⁶: una copia della decisione deve essere trasmessa al richiedente e all'*ACC*, nonché a tutti coloro che erano presenti (o avrebbero avuto il diritto di esserlo) all'udienza.

È previsto, per lo svolgimento dell'udienza, un termine (di natura perentoria) di tre mesi decorrente dal momento della richiesta di revisione: in caso contrario, la revisione viene considerata risolta favorevolmente per il richiedente, sempreché quest'ultimo non abbia causato (o contribuito a causare) il ritardo.

Nei confronti della decisione di revisione è ammesso l'appello presso la *District Court*: legittimati ad appellare sono, tra gli altri, il richiedente *ab origine* e la *Corporation*⁸⁹⁷.

L'appello deve essere presentato nelle forme prescritte (sezioni 151 e seguenti) ed entro il termine di 28 giorni dalla comunicazione della decisione sulla revisione (o in un altro termine, più generoso, al quale l'*ACC* abbia acconsentito).

Tale gravame è deciso in base al *District Court Act 2016*. La Corte può avvalersi di un consulente che lo affianca in talune questioni di natura professionale, tecnica o tale da richiedere una conoscenza specialistica. La Corte può rigettare l'appello, modificare la decisione di revisione o cassare la stessa (sezione 161).

Per le questioni di diritto, è ammessa, col nulla osta ("*leave*") della prima Corte, l'interposizione di un ulteriore gravame presso la *High Court*; così anche per l'ulteriore impugnazione, sempre su una questione di diritto, presso la *Court of Appeal*⁸⁹⁸.

8. I danni da *medical treatment*

⁸⁹⁵ Sezione 133, *ACA 2001*. La sottosezione 3 specifica, tuttavia, che: « A review decision ceases to be of full effect if all the parties to the review agree to a variation of it for the benefit of the claimant ».

⁸⁹⁶ Se non prevista, si applicano le disposizioni della sezione 144(1)(b).

⁸⁹⁷ Gli altri legittimati ad impugnare la decisione sono elencati alla sezione 149, *ACA 2001*.

⁸⁹⁸ Sezioni 162 e 163, *ACA 2001*.

Come anticipato, tra le diverse ipotesi di *personal injury* destinatarie della copertura offerta dallo schema di compensazione, la s. 20 dell' *Accident Compensation Act 2001* contempla i danni cagionati da *treatment injury* (trattamento sanitario), originariamente noto come *medical misadventure*⁸⁹⁹.

L'area interessata merita di essere esaminata non solo e tanto per la sua portata intrinseca, di per sé fortemente innovativa; essa consente di meglio comprendere, infatti, alcuni dei limiti e delle complessità proprie, più genericamente, dell' ACC⁹⁰⁰, soprattutto con riguardo al ruolo esercitato dalla colpa (*fault*) e alla faticosa elaborazione del principio causale (*causation*).

8.1. Le riforme: dalla nozione di “*medical misadventure*” a quella di “*treatment injury*”. Il ridimensionamento del ruolo della colpa

Si è già avuto modo di offrire una breve ricostruzione dell'origine e delle riforme che hanno interessato, a partire dalla pubblicazione del *Woodhouse Report*, la disciplina neozelandese della riparazione del danno alla persona.

Può ora procedersi ad un inquadramento della dinamica normativa relativa al più specifico tema dei pregiudizi da *malpractice* sanitaria.

Come correttamente puntualizzato in letteratura, « New Zealand's Accident Compensation Scheme has covered medical misadventure since its institution in 1974, but very little effort seems to have been made in the early days of the Scheme to delineate the precise circumstances in which such might be allowed »⁹⁰¹.

In effetti, l'originaria versione dello schema (l' *Accident Compensation Act 1972*) non prevedeva alcuna espressa menzione a “*medical accidents*” o “*medical misadventure*”, limitandosi a disporre di una copertura per chiunque avesse subito un generico « *personal injury by accident* » – nozione inizialmente rimasta assai lata ed incompleta (se non per il riferimento

⁸⁹⁹ Come si avrà modo di apprezzare *infra*, non si tratta di mero nominalismo.

⁹⁰⁰ Concorde con questa lettura K. WATTS, *New Zealand's Universal No-Fault Personal Injury Compensation Fund*, cit., 122.

⁹⁰¹ Queste le parole di K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”*. *Lessons from New Zealand*, in *Medical Law Review*, 4, 1996, 4.

alla « incapacity resulting from an occupational disease »⁹⁰²) e nemmeno specificamente attenzionata dalla Commissione Woodhouse⁹⁰³.

Eppure, nonostante la lacuna appena evidenziata, è pacifico che sin dalla sua originaria approvazione lo schema avrebbe garantito una copertura ai pregiudizi risultanti da trattamento sanitario⁹⁰⁴.

A porre rimedio fu, infatti, la modifica legislativa operata dall'*Accident Compensation Amendment Act 1974*, il quale ebbe il merito di inserire il riferimento, questa volta esplicito, a « medical, surgical, dental, or first aid misadventure »⁹⁰⁵ (definizione in seguito riprodotta negli stessi termini anche dall'*Accident Compensation Act* del 1982⁹⁰⁶), da intendersi quale fattispecie descrittiva della categoria di *personal injury by accident*⁹⁰⁷.

⁹⁰² Cfr. J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in P. SKEGG - R. PATERSON, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, 2006, 679 ss., alla cui accurata disamina si rinvia per ogni approfondimento, nonché K. OLIPHANT, *Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, in *Medical Law Review*, 15, 2007, 357 ss., cui si rinvia per un'analisi dettagliata del processo di riforma della "responsabilità" sanitaria.

⁹⁰³ R. TOBIN, *Common Law Actions on the Margin*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 40. Il solo paragrafo 289 (c), infatti, prevedeva un (rapido) riferimento a « categories of therapeutic misadventure or late complications of therapeutic procedures ».

⁹⁰⁴ Come rileva D.B. COLLINS, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, 1992, 141 ss. (in part. 144), « although the New Zealand legislation which came into effect on 1 April 1974 contained no reference to "medical misadventure", the Accident Compensation Commission had no doubt that the phrase "personal injury by accident" included "medical misadventure" ».

⁹⁰⁵ Come sottolinea G. PALMER, *Compensation for Incapacity. A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Wellington, 1979, 255 ss., lo *Statutes Revision Committee* aveva invece rigettato la raccomandazione della *Accident Compensation Commission* di modificare la norma nel seguente senso: « Personal Injury by accident (a) includes (ii) medical or surgical misadventure which, in the opinion of the Commission, is of sufficient significance to justify payment of compensation ». La (diversa) versione prescelta poneva il fianco ad una serie di criticità: « The Commission has decided to interpret this language as simply clarifying what it already accepted, namely that personal injury by accident embraced some circumstances of medical misadventure. It has rejected the interpretation that it was intended to enlarge the field of what was personal injury by accident. The conclusion is dubious, to say at least ».

⁹⁰⁶ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 687; K. OLIPHANT, *op. ult. cit.*, 360. Secondo G. PALMER, *Compensation for Incapacity. A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, cit., 255, « Even before 1974 Amendment Act the Accident Compensation Commission took the view that 'personal injury by accident' embraced some categories of events occurring in the course of medical treatment. The policy was that catastrophic or disastrous responses to surgical or medical therapy would be covered ».

⁹⁰⁷ K. OLIPHANT, *Defining "Medical Misadventure". Lessons from New Zealand*, cit., 4, riferisce come, all'esito della riforma, la nozione « was explained both negatively – so as to exclude the results of disease, infection, the ageing process, etc. – and positively – so as to include "medical, surgical, dental or first-aid misadventure" as well as occupational disease or industrial deafness ».

Pure la ricordata nozione di « medical, surgical, dental, or first aid misadventure » (in breve, *medical misadventure*⁹⁰⁸) rimase indefinita, almeno fino all'approvazione dell'*Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992*.

L'opera di chiarimento della locuzione e del relativo ambito di applicazione veniva così affidata all'interpretazione della giurisprudenza e delle decisioni dell'*Accident Compensation Corporation*.

Quest'ultima aveva optato, dapprima, per una « divisione binaria »⁹⁰⁹ delle ipotesi che ricadevano nell'ambito applicativo della norma, distinguendo, per tale via, i casi di “*medical error*” da quelli di “*medical mishap*”.

Se, per la prima categoria, si richiedeva la prova di un trattamento sanitario non corretto, la seconda fattispecie identificava, invece, un « rare adverse outcome, falling outside the normal range of medical and surgical failure »⁹¹⁰.

Prima di assurgere, nel 1992, a nozione di diritto positivo, la richiamata distinzione tra “*error*” e “*mishap*” fu adottata dalle corti e posta al centro del successivo dibattito giurisprudenziale: l'esito ermeneutico, almeno in questa prima fase, sebbene segnato da diffusa incertezza⁹¹¹,

⁹⁰⁸ Per una definizione di “*misadventure*” può leggersi (edited by) B.A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 2019, St. Paul (Thomson Reuters), 1194: « 1. A mischance or misfortune; MISHAP. 2. Homicide committed accidentally by a person doing a lawful act and having no intent to injure; ACCIDENTAL KILLING ». “*Mishap*” (*ivi*, 1197) è qualificato come « A small accident or mistake, esp. when the consequences are not severe; a relatively trivial instance of bad luck; mischance ». In (edited by) D. GREENBERG, *Jowitt's Dictionary of English Law. Vol II*, 2019, London, 1614, “*misadventure, Death by*” è « A finding of misadventure may be recorded when, at an inquest (*q.v.*) the coroner or the jury is satisfied on the balance of probabilities that the death arose from some deliberate human act which unexpectedly and unintentionally went wrong [...] ».

P.N.J. KASSIM, *No-fault compensation for medical injury: the New Zealand experience*, in *IIUM Law Journal*, 2003, 11, 83 ss., così definisce *medical misadventure*: « In its natural meaning, “*misadventure*” will include bad fortune, mishap and something that turned out badly for that particular victim ».

⁹⁰⁹ L'espressione è di K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”. Lessons from New Zealand*, cit., 5.

⁹¹⁰ L'illustrazione è offerta, con chiarezza, da J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, cit., 688.

⁹¹¹ D.B. COLLINS, *Medical Law in New Zealand*, cit., 145, rileva che « A considerable volume of jurisprudence has emerged as to the meaning of the term “*medical misadventure*” as used in the Accident Compensation Acts of 1972 e 1982 », spesso connotato da « changes in interpretation » (*ivi*, 146). Alle pagine dell'A. si rinvia per una disamina di *Accident Compensation Appeal Decision (No 9) 1976 e Application for Review by E. K. OLIPHANT, Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, cit., 360. Sottolinea K. OLIPHANT, *op. cit.*, 5, « the meaning of these two crucial terms was bedevilled by uncertainty, inconsistency, even contradiction ». Affidiamo all'A. l'analisi, accurata, della giurisprudenza successiva. La questione è colta anche da C. YATES, *Law Commission proposals for accident compensation: What place for personal remedies?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 1989, 19, 36: « The idea of what constitutes medical and other misadventure has varied over the years, and the field is full of uncertainty still ».

sembrava quello ad una tendenza espansiva del perimetro di applicazione della nozione di “*medical misadventure*”⁹¹².

Le corti avevano optato, in definitiva, per una « generous unrigidly interpretation », ritenuta più in linea con la *ratio* dello Schema, e volta ad offrire, in ultima istanza, una copertura il più possibile estesa in favore delle vittime di lesione all’integrità psico-fisica, la quale prescindesse dalle circostanze di tempo e luogo e dalle modalità di verifica del pregiudizio⁹¹³.

⁹¹² Esemplicativa di questo approccio generoso è la pronuncia *Green v Matheson* (Court of Appeal), in *NZLR*, 3, 1989, 564 (in part. 572 s.), la quale ha sottolineato come « In relation to the kind of misadventure alleged to have occurred in this case [n.d.a. failure to treat], we regard the Amendment Act as declaratory of what had always been implicit in the concept of “personal injury by accident”. That concept in its natural and ordinary sense is well capable of applying to any adverse consequences to a patient’s health caused by wrong medical treatment » (il corsivo è nostro). E aggiunge: « The description [n.d.a. of medical misadventure] applies naturally whether the cause of action be trespass to the person, breach of fiduciary duty or negligence, and whether the failure alleged be in insufficient or wrong treatment, failure to inform, misdiagnosis, misrepresentation (innocent or fraudulent) or administrative shortcoming ».

La definizione di “*medical misadventure*” fu offerta anzitutto dalla celebre pronuncia *Accident Compensation Commission v Auckland Hospital Board* (High Court of Wellington), in *NZLR*, 2, 1980, 748 ss. (in part. 751), ove la High Court spiega: « The word “misadventure” is defined in some dictionaries as being “ill luck” or “bad fortune”. It would seem that this wording has been introduced into the Act to cover a wider variety of accidental occurrences than merely the consequence of medical negligence. It is in the nature of medical and surgical treatment that unexpected and abnormal consequences may follow to a greater or less degree depending upon the simplicity or sophistication of the treatment being undertaken. Where there is an unsatisfactory outcome of treatment which can be classified as merely within the normal range of medical or surgical failure attendant upon even the most felicitous treatment, it could not be held to be a misadventure ».

Si legga, tra le più significative, anche *Childs v Hillock* (Court of Appeal), in *NZLR*, 2, 1994, 65 (cfr., in part., 70-72), la quale ha ripreso un orientamento a sua volta fatto proprio da *Bridgeman v ACC* (High Court of Auckland), in *NZAR*, 1993, 199 (in quanto ritenuto « best promoting evenhandedness in the application of the Act ») ed elaborato in *Hazel v Accident Compensation Commission*, in *NZAR*, 1991, 362 ed in *Child v Accident Compensation Commission*, in *NZAR*, 1991, 397, sulla scorta delle indicazioni offerte da *Accident Compensation Commission v Auckland Hospital Board*, cit., 748. In sintesi, « (1) Medical negligence or medical error is medical misadventure. (2) A totally unforeseen adverse consequence of medical treatment is medical misadventure. (3) An adverse consequence of such treatment which is within the normal range of medical or surgical failure attendant upon such treatment is not medical misadventure. (4) An adverse consequence of such treatment which is outside the normal range of medical or surgical failure attendant upon such treatment is medical misadventure » (*ivi*, 72). Questo principio, in parte divergente dalla ricostruzione operata in *Green v Matheson*, cit., è stato, infatti, ritenuto più bilanciato da *Childs v Hillock*, cit.: « on the one hand, it recognises that what from the patient’s point of view is misfortune, ill-luck, mishap, can be the result of negligence or of other, but non-culpable, error in treatment; or it can be an unintended consequence of entirely correct treatment. On the other hand, the formulation recognises our mortality. Not every medical intervention is successful. Many are attended by risk. Misfortune or ill-luck can only fairly be said to befall if something out of the ordinary happens » (*ivi*, 72). Ulteriori riferimenti giurisprudenziali si trovano in K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”*. *Lessons from New Zealand*, cit., *passim* ed in J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, cit., 687-689.

⁹¹³ In questo senso, si legga *Accident Compensation Corporation v Mitchell* (Court of Appeal), in *NZLR*, 1992, 2, 436 ss. Cfr. S. TODD, *Treatment Injury in New Zealand*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, Berlin, 2013, 292 s.

In maniera del tutto coerente, allora, la letteratura è arrivata a sostenere che, secondo la soluzione offerta dalle corti, *misadventure* avrebbe ricompreso « all conduct which might at common law have been regarded as medical negligence »⁹¹⁴: in questo senso, dunque, si è persino statuito che tale definizione includesse anche gli errori commessi dal personale sanitario in maniera non colposa⁹¹⁵.

Rispetto al concetto di “*medical mishap*”, la giurisprudenza aveva agevolmente escluso dal raggio di operatività dell’istituto l’ipotesi di un « unsatisfactory outcome of treatment which can be classified as merely within the normal range of medical or surgical failure attendant upon even the most felicitous treatment »⁹¹⁶.

Superato un iniziale indirizzo restrittivo (poiché facente ricorso al test del c.d. rischio noto⁹¹⁷) i giudici avevano poi sposato un orientamento fondato sul diverso criterio della rarità (“*rarity test*”) dell’evento avverso.

Nel noto caso *MacDonald v ACC*⁹¹⁸, ad esempio, chiarito che integrasse *misadventure* anche il caso in cui « things turn out badly for the sufferer » come risultato di una « mischance, that is, bad fortune or mishap »⁹¹⁹, si assegnava importanza alla percentuale di occorrenza dell’evento avverso; e si chiariva, a tal proposito, che « the two surgeons with personal knowledge of the case considered that on the second operation, after having regard to the patient’s underlying condition, the risk of a fistula would be less than 1%; that in the circumstances the development of the fistula was an extraordinary outcome and not a spontaneous one », mentre, al contrario, l’esito avverso caratterizzato da un tasso di incidenza maggiore veniva invece escluso⁹²⁰.

⁹¹⁴ Conclude così K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”. Lessons from New Zealand*, cit., 11.

⁹¹⁵ *Childs v Hillock*, cit., 72, ove si riferisce, rispetto al caso in esame, che: « There was a mishandling, albeit non-culpable, of her [n.d.a. the plaintiff] medical case ».

⁹¹⁶ Cfr. *Accident Compensation Commission v Auckland Hospital Board*, cit., 751.

⁹¹⁷ Si tratta del “*known risk*” test: « the question was whether or not the outcome *could possibly* be anticipated at the time of the treatment ». Queste le parole di K. OLIPHANT, *Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, cit., 361, cui si rinvia per i dovuti riferimenti giurisprudenziali (nt. 21).

⁹¹⁸ *MacDonald v Accident Compensation Corporation* (District Court of Wellington), in *NZAR*, 5, 1985, 276. Tra le prime decisioni sul punto merita almeno una menzione *Accident Compensation Commission v Auckland Hospital Board*, cit.

⁹¹⁹ E prosegue: « I believe that [the] Act by using the word *misadventure* intended to equate and does equate the bad fortune in such a case with the bad fortune of the accident victim. In each case a person starts with a certain physical state whether good, bad or indifferent, which is adversely affected either by accident, which is bad fortune of one kind, or by the treatment for sickness or injury turning out badly despite all proper care and attention, which is bad fortune of another kind » (*ivi*, 278 s.).

⁹²⁰ In questo senso, si legga *Bridgeman v ACC*, cit., 199.

Al di là del livello di rarità richiesto – talvolta attenuato, sì da consentire un maggiore accesso ai benefici previsti dallo schema⁹²¹ – è interessante notare come la giurisprudenza abbia offerto una molteplicità di interpretazioni del termine “*medical mishap*”. Lo rileva, con chiarezza, il giudice del caso *Bridgeman v ACC*⁹²²:

« Previous judicial attempts to identify the critical characteristics of medical misadventure have produced three different bases, ie:

- (a) Whether the unsatisfactory outcome is within or without the normal range of medical or surgical failure attendant upon the treatment [...] ⁹²³;
- (b) Whether the consequence was the result of “mischance, bad fortune, or mishap” [...] ⁹²⁴; and
- (c) Whether the consequence was something “which should not have happened in the course of the medical our surgical treatment and was not merely an unfortunate result” [...] ⁹²⁵ ».

Dinanzi al graduale aumento dei costi generati dallo Schema, l’allora Governo aveva annunciato l’intenzione di riformare urgentemente il sistema di compensazione da *accident*, anche con riguardo all’ambito che qui interessa, anzitutto ridimensionando le « unintended extensions to the scheme »⁹²⁶.

Le pagine del *green paper* “*A Fairer Scheme*”⁹²⁷ ribadivano le difficoltà ingenerate dall’insussistenza di alcuna definizione legislativa di *medical misadventure*, resa ancora più

⁹²¹ Cfr. in questo senso K. OLIPHANT, *Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, cit., 361, in part. nt. 23.

⁹²² *Bridgeman v ACC*, cit. È possibile collocare tale decisione entro la categoria “(a)” atteso che, come ricordato in quella sede (*ivi*, 213), il giudice preferiva la formulazione fatta propria da *Accident Compensation Commission v. Auckland Hospital Board*, cit., poi ripresa da *Hazel v Accident Compensation Commission*, cit. ed in *Child v Accident Compensation Commission*, cit., poiché « the appropriate interpretation of medical misadventure for the purposes of the legislation [...] ». E prosegue: « As that analysis has had the most extensive acceptance to this date its retention for the determination of the remaining (pre-September 1992) cases would accordingly most promote even-handedness and in my view should be supported for that reason ».

Le ragioni della diversità di opinioni sul punto sono commentate nella stessa sentenza (*Bridgeman v ACC*, cit., 213): « This diversity of opinion results principally from the circumstances that the phrase “medical misadventure” is not self-explanatory, and that the normal aids to interpretation of statutory terms do not in this instance produce sufficient additional enlightenment to make any of the alternative meanings which have been proposed clearly more appropriate than the others ».

⁹²³ Si riferisce al principio espresso da *Accident Compensation Commission v. Auckland Hospital Board*, cit.

⁹²⁴ Si veda quanto stabilito da *MacDonald v Accident Compensation Corporation*, cit.

⁹²⁵ Il riferimento è anche al caso *Polansky v Accident Compensation Corporation*, in *NZLR*, 1990, 481. Secondo K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”. Lessons from New Zealand*, cit., 16, nel mettere in dubbio l’esistenza stessa di una categoria autonoma di “medical mishap” basata sulla rarità dell’evento avverso, la sentenza *Polansky* aveva lasciato il concetto di “medical misadventure” in uno stato assai problematico. Spiega, a tal proposito, che: « The logic of requiring an untoward event in the course of treatment was hard to identify. And the application of the test created numerous potential difficulties ».

⁹²⁶ W.F. BIRCH, *Accident Compensation. A Fairer Scheme*, cit., 31.

⁹²⁷ W.F. BIRCH, *op. cit.*, 31, rilevava, infatti, che « There is no definition of medical misadventure in the current Act. It is not a term used in overseas legislation and is open to widely varying interpretations. Medical

disagevole dalla duplice circostanza che, per un verso, il termine non trovasse applicazione o disciplina nella legislazione di altri Paesi e che, per altro verso, lo stesso si prestasse ad una molteplicità di differenti interpretazioni (« open to widely varying interpretations »).

Al fine di tenere maggiormente responsabile l'operatore sanitario rispetto alla condotta da questo tenuta, tale *policy document* non proponeva di ripristinare l'azione risarcitoria, scegliendo invece intervenire nell'ambito delle procedure disciplinari nei confronti degli esercenti.

Seguendo la strada tracciata dalla giurisprudenza, il legislatore del 1992⁹²⁸ sopprimeva la categoria omnicomprensiva della “*personal injury by accident*”, per fare posto a (più) specifiche fattispecie normative destinarie di copertura; per la prima volta si elaborava una nozione “statutaria” (*i.e.* positiva) di *medical misadventure*, definita « *personal injury resulting from medical error or medical mishap* »⁹²⁹.

A sua volta, la sottocategoria di “*medical error*” veniva definita quale « *the failure of a registered health professional to observe a standard of care and skill reasonably to be expected in the circumstances* »⁹³⁰ e, al paragrafo (7), si equiparava alla “*positive malpractice*”⁹³¹ l'ipotesi di « *failure to diagnose correctly the medical condition of any person or a failure to provide treatment* », subordinandola alla dimostrazione della colpa da parte del paziente (« *that failure is negligent* »⁹³²).

misadventure will be defined in the legislation. The existence of cover for medical misadventure generally excludes the right to sue for medical negligence. There has been criticism of the scheme arising from the inadequacy of alternative means of calling medical practitioners to account for alleged negligence. There will be no return to the right to sue; instead, the Government will introduce legislation to effect changes in disciplinary procedures for the medical profession. These changes will be applied, where appropriate, to other health professions ». Se ne proponeva, dunque, una definizione: « *Medical misadventure. A medical, surgical, dental or first-aid treatment which causes personal injury where the likelihood that the injures would be caused by the treatment is rare and where the consequences are severe* » (*ivi*, 69).

⁹²⁸ Si tratta del *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992*, le cui previsioni in termini di copertura venivano essenzialmente replicate nel *Accident Insurance Act 1998*. La riforma *Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001* – IPRCA – (poi rinominata, nel 2010, *Accident Compensation Act 2001*), pur approvata per superare le soluzioni adottate nel 1992, aveva lasciato sostanzialmente intatta la disciplina della *medical misadventure*. Cfr. J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1012.

⁹²⁹ Come rileva J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in P. SKEGG - R. PATERSON, *Medical Law in New Zealand*, cit., 697: « *Under the 1982 Act it had been possible to argue that an injury was covered as Medical Misadventure; alternatively that is amounted to personal injury by accident. Indeed, it could be covered by both. In the 1992 Act, for the first time, personal injury caused by accident and Medical Misadventure were made non-overlapping, exclusive categories of cover* ».

⁹³⁰ Cfr. Sezione 5, para 1.

⁹³¹ K. OLIPHANT, *Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, cit., 363.

⁹³² Cfr. Sezione 5, para 7.

Si precisava, inoltre, che « It is not medical error solely because desired results are not achieved or because subsequent events show that different decisions might have produced better results »⁹³³.

Anche dall'elaborazione giurisprudenziale era emersa la necessità – evidentemente disarmonica rispetto ad un sistema che si qualificava come *no-fault* – di determinare e attribuire una colpa (in senso, definito, oggettivo)⁹³⁴ in capo all'operatore sanitario: era chiaro, dunque, come la definizione di errore medico ancora risentisse delle categorie tradizionali della responsabilità civile da *negligence*⁹³⁵.

Dall'altro lato, secondo l'indicazione dello Statuto, “*medical mishap*” indicava « an adverse consequence of treatment by a registered health professional, properly given, if - (a) The likelihood of the adverse consequence of the treatment occurring is *rare*; and (b) The adverse consequence of the treatment is *severe* »⁹³⁶ (corsivi nostri).

In altre parole, la definizione di “*mishap*” veniva a strutturarsi attorno al duplice requisito della rarità e della serietà delle conseguenze del trattamento medico. Per entrambe le fattispecie si prevedevano condizioni piuttosto stringenti: la rarità veniva stabilita in una percentuale di occorrenza della conseguenza avversa non superiore all'1% dei casi di esecuzione di (quella classe di) trattamento⁹³⁷; alla stessa logica restrittiva era ispirata l'introduzione del c.d. *severity*

⁹³³ Cfr. Sezione 5, para 2, seconda parte. Più avanti, a fini disciplinari, si prevedeva che « (10) Where the Corporation considers that medical misadventure may be attributable to negligence or an inappropriate action on the part of a registered health professional it shall - (a) Give the registered health professional a reasonable opportunity to comment on the matter; and (b) If satisfied that there may have been negligence or inappropriate action - report the circumstances to the appropriate body with a view to the institution of disciplinary proceedings, and to any other body that may be appropriate ».

⁹³⁴ Cfr. anche J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1011.

⁹³⁵ In questo senso D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 120 s., ricorda due casi dai quali era emersa l'importanza di stabilire « a traditional duty of care in terms of what would be expected of a professional in the relevant role at the point of time and whether the standard of duty of care had been breached »: si tratta di *H. v ACC*, in *NZAR*, 1993, 481 e di *Estate Gavin Thomas v ACC* (Discript Court of Wellington), 381/2004, 8 december 2004. Così, anche P. BUTLER, *A Brief Introduction to Misadventure*, cit., 816, secondo cui « The new medical misadventure definition narrowed the cover for medical misadventure so that, more or less, only cases of medical negligence were covered ».

⁹³⁶ Sezione 5, para 4. La nozione veniva resa ancora più complessa da quanto disposto al successivo paragrafo (5): « Medical misadventure does not include personal injury arising from abnormal reaction of a patient or later complication arising from treatment procedures unless medical misadventure occurred at the time of the procedure » che, secondo K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”. Lessons from New Zealand*, cit., 26, « seems to represent a partial return to the “untoward event” requirement of *Polansky* ». In questo modo, secondo l'autore, vi sarebbe una « unnatural tension between the apparently *outcome-based* test of “mishap” and the “contemporaneity test” of s. 5(5) to which it is subjected » (*ivi*, 27).

⁹³⁷ Sezione 5, para 2. « [...] only if the probability is that the adverse consequence would not occur in no more than 1 percent of cases where that treatment is given », tenuto conto della precisazione di cui al paragrafo (3). A conclusioni diverse era giunta invece *Child v ACC*, cit., (in part. 403): « I feel bound to observe that I had never

test, il quale avrebbe consentito di escludere le richieste di risarcimento per le lesioni meno gravi⁹³⁸.

« Whereas Medical Error was a *treatment-based* test, ie it required a negligent action or omission *in the course of treatment*, Medical Mishap adopted largely an *outcome-based* test, ie focused on the unsatisfactory outcome of treatment », basandosi, quest'ultimo, sulle conseguenze avverse di un intervento sanitario correttamente eseguito⁹³⁹.

8.2. Una nuova disciplina per il danno da trattamento sanitario: genesi ed obiettivi dell'*Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2005*. Il superamento della “*blaming culture*”

In reazione al malcontento ingenerato dalla riforma⁹⁴⁰ – le cui lacune erano rimaste irrisolte, nonostante le successive modifiche conosciute dallo Schema⁹⁴¹ – il Governo lavorò ad un piano d'intervento riformatore volto, in ultima analisi, a toccare due aspetti di particolare criticità: le tempistiche di decisione dei procedimenti e le esigenze di “*fairness*” in capo ai ricorrenti⁹⁴².

felt comfortable with the third and fourth propositions which previously I had held were derived from the three earlier High Court decisions. They seemed to me to be an invitation to counsel to indulge in mathematical and statistical exercises in relation to adverse consequences of treatment. Arguments have in the past been advanced that an expected failure rate of treatment of 1% should be classified a medical misadventure while an expected failure rate of 10% should not. That type of numerical gymnastics seemed to me to ignore the philosophy behind the Act and the concept of personal injury by accident ».

⁹³⁸ Cfr. Sezione 5, para 4: « [...] the adverse consequences of treatment are severe only if they result in death or - (a) Hospitalisation as an inpatient for more than 14 days; or (b) Significant disability lasting for more than 28 days in total; or (c) The person qualifying for an independence allowance under section 54 of this Act ».

⁹³⁹ J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in P. SKEGG - R. PATERSON, *Medical Law in New Zealand*, cit., 693. Commenta G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 245 s., che « There are two features which stand out here. One is the strongly expressed policy preference to keep personal injury from developing into disease, thereby expanding the scope of the scheme. The second is the desire to shield the doctors and other health professionals from the big common law actions in return for contributions to the scheme [...] ».

⁹⁴⁰ Tra gli altri, K. OLIPHANT, *Defining “Medical Misadventure”. Lessons from New Zealand*, cit., 27: « It is hard to resist the conclusion that, in endeavoring to simplify the adjudication process and stabilize costs by separating the various strands of the concept of “medical misadventure”, the Government has succeeded only in tying itself in knots ».

⁹⁴¹ In effetti, come già si è rilevato, già prima del 2003 (l'inizio, cioè, dei lavori di riforma) erano state approvate delle modifiche allo schema. Si pensi, tra tutti, all'*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001*, il quale, tuttavia, aveva lasciato largamente intatte le disposizioni sul punto. Come rileva S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 30, « The new developments in the 2001 Act were primarily in the field of accident prevention, and to this end it introduced new processes and strategies aimed at reducing the incidence of injury and promoting safety and security ».

⁹⁴² Lo rileva J. MANNING, *Health Care Law. Part 2 – Legislative Developments*, in *New Zealand Law Review*, 2004, 404 ss.

In effetti, come rilevato dal *Consultation Document* pubblicato al termine di una “*inter-agency review*” disposta dall’allora Ministro dell’ACC⁹⁴³, i criteri di severità e rarità – requisiti necessari per l’affermazione di una fattispecie di *mishap* – erano ritenuti « confusing and arbitrary », determinando, peraltro, stringenti limitazioni all’accesso alla tutela indennitaria.

Una seconda area d’intervento era occupata dall’errore medico⁹⁴⁴, la cui copertura veniva ancora subordinata alla dimostrazione della colpa da parte del danneggiato; requisito che, oltre ad essere del tutto incoerente con un sistema, per l’appunto, *no-fault*, tradiva le premesse del *Report* e rappresentava un *unicum*: in nessun’altra categoria prevista dall’ACA si richiedeva, infatti, una simile prova⁹⁴⁵.

Con ammirevole capacità di sintesi, il *Document* procedeva poi a dimostrare il risultato al quale l’elemento colposo avrebbe condotto: dal punto di vista dell’operatore sanitario, si riteneva che « medical error creates an overly blaming culture rather than a culture of learning from mistakes ».

⁹⁴³ ACC, *Review of ACC Medical Misadventure. Consultation document*, 2003, 4 ss.

⁹⁴⁴ J. FERGUSON, *Medical Misadventure under Accident Compensation: Diagnosis and Treatment of a Problem?*, cit., 487, sottolinea come le domande risarcitorie da *medical error* rappresentavano solo una piccola parte di tutte le richieste presentate.

⁹⁴⁵ In senso contrario, si legga J. FERGUSON, *op. cit.*, 499 ss. sottolinea che, in realtà, l’elemento della colpa non fosse emerso con la legislazione del 1992, essendo impiegato dalla giurisprudenza già a partire dagli anni ’80 del secolo scorso (come dimostrato dalla sintesi realizzata nel caso *Bridgeman v ACC*). Ad ogni modo, se, per un verso, « there had never been any doubt that if medical negligence were established, ACC cover would follow », dall’altro lato, il legislatore del 1992 nulla aveva fatto per risolvere la differenza di opinioni che la giurisprudenza aveva manifestato nel valutare se « situations *outside* medical negligence would also be covered ». Secondo l’A., le due aree maggiormente problematiche (« the apparent inadequacy of compensation and the requirement to prove fault ») dovevano considerarsi espressione di un unico problema di fondo: « that problem is to do with false expectations of what the scheme is capable of delivering » (*ivi*, 488), specie nei riguardi di quegli « users who are dealing with fault-caused injuries » (*ivi*, 502). Eppure, nonostante lo schema, forse, non abbia fornito una perfetta soluzione a tutte le necessità portate dai danneggiati da errore medico, l’Autore non riteneva prudente un ritorno alla *common law action*, come altrove prospettato: « not only are the outcomes not guaranteed to be more satisfactory for the individual claimants, but the wider consequences of such a move would be significant » (*ivi*, 503) e conclude: « Indeed, overseas experience indicates that, especially for medical misadventure, the common law is still not a satisfactory system for addressing claims » (*ivi*, 514).

In questo senso si legga, altresì, R. MAHONEY, *Informed Consent and Breach of the Medical Contract to Achieve a Particular Result: Opportunities for New Zealand’s Latent Personal Injury Litigators to Peek Out of the Accident Compensation Closet*, in *Otago Law Review*, 1985, 6, 107: « The effect [...] of the present interpretation of the ‘medical misadventure’ style of ‘personal injury by accident’ is blatantly ironic. Except in the unusual case of equipment failure or a bizarre and novel reaction to treatment, the person who suffers a personal injury from medical treatment must prove *fault* in the nature of ‘old style’ medical negligence if he hopes to receive compensation ».

Questa anomalia (e la necessità di una riforma) è registrata anche da B. VON TIGERSTROM, *Current Developments in New Zealand Health Law*, in *Health Law Review*, 2004, 12, 18 ss.

Il Documento annoverava, poi, ulteriori effetti: « Uneasy about participating in ACC medical misadventure claim process for fear of repercussions from reporting »; « focuses more on the actions of individual health professionals »; « little consideration of the treatment environment ».

La ricaduta sulla qualità delle cure e, in definitiva, sul paziente, era parimenti negativo: « limited opportunities to learn, therefore, inhibits improvements in patient safety »; « delays in cover decisions – impacts negatively on rehabilitation and recovery »; « less focus on patient’s injury »; « little focus on preventing injury occurring again »; « confusion over ACC’s role »⁹⁴⁶. In sintesi, proprio nel richiedere la dimostrazione della colpa e l’obbligo di “denuncia” nei confronti del sanitario⁹⁴⁷, la riforma del 1992 aveva finito per intensificare il conflitto tra la classe dei pazienti e quella medica, con il risultato che gli operatori, anziché cooperare nell’ambito dei *claim process*, si astenevano per il timore di ripercussioni sul piano giuridico: ad essere incrementate erano, quindi, tanto le tempistiche, quanto la difficoltà di risoluzione delle procedure di assegnazione dell’indennizzo⁹⁴⁸.

Delle proposte di riforma a tal proposito avanzate (tutte animate dall’obiettivo di rispondere a “*fairness issues*”)⁹⁴⁹, è bene soffermare l’attenzione su quella finalizzata ad offrire più genericamente tutela alle lesioni “*unintended*” emerse nel corso trattamento sanitario: per questa via, la nozione di “*medical misadventure*” sarebbe stata sostituita da quella, inedita, di “*unintended injury in the treatment process*”, ancora una volta implementata dalla categoria della “*unendurable injury*”.

⁹⁴⁶ ACC, *Review of ACC Medical Misadventure. Consultation document*, 11.

⁹⁴⁷ In effetti, come opportunamente rilevato da J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in P. SKEGG - R. PATERSON, *Medical Law in New Zealand*, cit., 695: « The explicit requirement for a finding of fault for the purposes of Medical Error, together with this mandatory reporting provision, created a conflict between the interests of patients and health professionals in Medical Misadventure claims. [...] Health professionals typically sought legal advice before providing responses, and were likely to be more cautious in volunteering information to assist a patient’s claim ».

⁹⁴⁸ J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, 2005, cit., 1011 s.

⁹⁴⁹ La prima opzione si proponeva di mantenere la cornice normative dello schema, operando tuttavia delle modifiche alle definizioni allora esistenti di “*medical error*” e “*medical mishap*”: i criteri connotanti il *medical mishap* sarebbero stati sostituiti da una valutazione individualizzata del rischio, definita “*endurability rule*” e, in seconda battuta, la definizione di “*medical error*” sarebbe stata riformata così da non necessitare l’attribuzione della colpa all’esercente o alla struttura.

La seconda proposta (“*preventability option*”) intendeva, in sintesi, prevedere una copertura per “*unintended injuries*” occorse nell’ambito di un trattamento medico, purchè “preventable” (« A injury is preventable if treatment could in some way have been done differently to prevent the injury from occurring ») (*ivi*, 18), nonché per le lesioni rispondenti al criterio, sopra menzionato, di “endurability”.

Nella misura in cui rinunciava alla necessaria dimostrazione della colpa e a criteri arbitrari di definizione della “*medical mishap*”, la proposta avrebbe consentito in ultima analisi di allineare tali occasioni di danno alle altre categorie di *accidents* disciplinate dallo Schema.

Tale opzione avrebbe offerto la copertura maggiore (e, proprio per tale ragione, avrebbe richiesto un maggiore sforzo finanziario), in quanto avrebbe compreso tutte le conseguenze avverse derivanti dal trattamento medico, a prescindere dal fatto che queste fossero o meno “*preventable*”⁹⁵⁰.

In effetti, fu proprio questa a ricevere il più vasto supporto dell’opinione pubblica⁹⁵¹ e, in ultima analisi, ad essere adottata dal legislatore neozelandese con l’introduzione (anzitutto) alla discussione parlamentare del *Bill no. 3 “Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Bill”*, poi approvato in forma definitiva, nel 2005, come *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*, in modifica all’*Act* del 2001⁹⁵².

Con l’entrata in vigore della riforma, le disposizioni che regolavano la disciplina della “*medical misadventure*” venivano così superate e sostituite dal più ampio riferimento (contenuto alla sezione 32 dell’emendato *Act*) alla nozione di “*treatment injury*” e alla sua riparazione.

Prima di analizzarne i contenuti, giova spendere alcune riflessioni in ordine agli ambiti di intervento considerati dalla cennata riforma, la cui portata si apprezza non solo su di un piano di stretta responsabilità, essendo testimone di una più consapevole comprensione dei complessi meccanismi sottesi, più in generale, all’atto sanitario e al suo sistema.

Tra le principali ragioni che, come in parte evidenziato, hanno condotto all’approvazione dell’*IPRA* si annovera, senz’altro, la necessità di restituire alla classe dei danneggiati una tutela complessivamente più accessibile, adeguata (anche in termini di prevedibilità degli esiti) e

⁹⁵⁰ J. MANNING, *Health Care Law. Part 2 – Legislative Developments*, cit., 406 ss.

⁹⁵¹ Lo si legge in <https://www.beehive.govt.nz/release/medical-misadventure-submissions-summary-released> (accesso eseguito in data 20 gennaio 2023). La Ministra dell’*ACC* Ruth Dyson commentava in questi termini il successo della proposta: « This approach aligns cover more closely to the no-fault principles of the rest of the ACC scheme and is not dependent on finding fault with the actions of a health professional. Because cover does not depend on a finding of fault, the claims process could be much quicker ». Anche in letteratura era ampio il consenso. Per tutti, cfr. J. FERGUSON, *Medical Misadventure under Accident Compensation: Diagnosis and Treatment of a Problem?*, cit., 511 ss.

⁹⁵² *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act (no.2)* fu approvato il 10 maggio 2005 ed entrò in vigore a partire dal 1° luglio 2005, riformando il *IPRCA* 2001. In <https://www.beehive.govt.nz/release/making-acc-fairer-and-simpler> (accesso eseguito in data 20 gennaio 2023), l’allora Ministra Dyson rilevava che « The new category removes the requirement to find fault (as is the case with some claims for medical misadventure), or prove that a medical injury is rare and severe (the majority of medical misadventure claims), before a patient is entitled to ACC cover ».

tempestiva. Tale finalità era perseguita mediante un ripensamento della procedura e l'eliminazione dei restrittivi criteri di rarità e serietà del pregiudizio⁹⁵³.

Il ruolo di gran lunga più rilevante è stato rivestito, *in primis*, dall'erosione del requisito colposo (*fault*), la cui dimostrazione era figlia di una cultura colpevolizzante (c.d. *blaming culture*) incentrata sulla punizione del responsabile, più che sull'emersione dell'errore e della comprensione delle ragioni che ne sono state causa⁹⁵⁴; alla base della riforma si colloca, altresì, la volontà di ratificare gli studi che, di recente, hanno teorizzato la necessità di un “*system approach*” all'errore medico (come *supra* analizzato)⁹⁵⁵.

Proprio in questa direzione si pongono i propositi di riforma avanzati dall'*Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*.

Se è vero quanto sinora osservato, la conclusione – quanto meno provvisoria – dovrebbe tendere nel senso di affermare, rispetto al sistema neozelandese di riparazione del danno da trattamento sanitario, un'eradicazione completa dell'elemento soggettivo. Eppure, a fronte dell'apparente semplicità di tale proposizione, sul punto si dovrà necessariamente tornare nel prosieguo, per confermare quanto sostenuto o, al contrario, per valutare se la colpa sia tornata a (o non abbia mai cessato di) rivestire, anche sotto mentite spoglie, un certo ruolo.

8.3. « Treatment injury is a personal injury »

La disciplina relativa alla compensazione del danno da trattamento sanitario è principalmente offerta dal combinato disposto delle sezioni 20 (“*Cover for personal injury suffered in New Zealand [...]*”), 32 (“*Treatment Injury*”) e 33 (“*Treatment*”) dell'*Accident Compensation Act 2001*⁹⁵⁶.

Sembra utile, quindi, prendere le mosse dall'analisi del primo paragrafo⁹⁵⁷ della s. 32: previo un rapido inquadramento di sistema, si procederà ad una sua “scomposizione”, suddividendo il

⁹⁵³ Cfr. le chiare riflessioni di J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, 2005, cit., 1012 s.

⁹⁵⁴ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1012 s. Peraltro, come correttamente evidenziato da B. EATON, *Ending Fault in Accident Compensation: Issues and Lessons from Medical Misadventure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 822, tra i benefici derivanti dall'espulsione dell'errore medico dallo Schema si annovera « the opportunity for more effective preventative programmes, again arising out of health professionals being less defensive ».

⁹⁵⁵ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1012 s. Cfr. J. REASON, *Human error: models and management*, cit., 768 e, in termini ancora più analitici, ID., *Human error*, cit.

⁹⁵⁶ Versione aggiornata al 1° ottobre 2022. Resta estraneo dall'ambito della presente trattazione l'analisi della nozione di “*mental injury*” (sezione 27), di “*work-related injury*” e “*motor vehicle injury*” (sezioni 28-30).

⁹⁵⁷ Si tratta, tecnicamente, di “subsezione” ma, per comodità, si discorrerà di “paragrafo”.

tessuto normativo in tante parti quante quelle che sono state oggetto di attenzione da parte del legislatore e della giurisprudenza⁹⁵⁸.

Occorre anzitutto precisare che, con la riforma del 2005, il legislatore ha inteso la categoria di copertura del danno da “*treatment injury*” (sezioni 20(2)(b-c-d-f-h-i)⁹⁵⁹ e 32) come separata e non sovrapponibile a quella, distinta, di “*personal injury caused by an accident*” di cui alla sezione 20(2)(a): pertanto, laddove il danneggiato non sia in grado di dimostrare la riconducibilità del proprio pregiudizio iatrogeno ad una delle categorie di tutela di cui alla sezione 20(2)(b-c-d-f-h-i), non potrà chiedere copertura in base alla (più generica) “*personal injury caused by an accident*”, rimanendone, in definitiva, privo.

Tale conclusione è avvalorata dal chiaro disposto della sezione 25(2), la quale esclude dalla nozione di “*accident*” i casi di trattamento dato « (i) in New Zealand, by or at the direction of a registered health professional » o « (ii) outside New Zealand, by or at the direction of a person who has qualifications that are the same as or equivalent to those of a registered health professional »⁹⁶⁰.

Indugiando ancora in termini generali, è possibile constatare come la riforma abbia operato una netta inversione di rotta rispetto alla consolidata interpretazione fino ad allora restituita:

⁹⁵⁸ 32. Treatment injury

(1) Treatment injury means *personal injury* that is—

(a) suffered by a person—

(i) seeking treatment from 1 or more registered health professionals; or

(ii) receiving treatment from, or at the direction of, 1 or more registered health professionals; or

(iii) referred to in subsection (7); and

(b) caused by treatment; and

(c) not a necessary part, or ordinary consequence, of the treatment, taking into account all the circumstances of the treatment, including—

(i) the person’s underlying health condition at the time of the treatment; and

(ii) the clinical knowledge at the time of the treatment.

⁹⁵⁹ Il ristoro viene assegnato ad un soggetto che abbia subito un danno da *malpractice* medica nei seguenti casi individuati dalla sezione 20, paragrafo 2: « (b) *personal injury* that is *treatment injury* suffered by the person »; « (c) *treatment injury* in circumstances described in section 32(7) », cui si rinvia; « (f) *personal injury* caused by a gradual process, disease, or infection that is *treatment injury* suffered by the person »; « (i) *personal injury* that is cardiovascular or cerebrovascular episode that is *treatment injury* suffered by the person ».

Le lettere (d) e (h), invece, individuano casi un poco differenti, rispettivamente di « *personal injury* that is consequence of treatment given to the person for another *personal injury* for which the person has cover » e di « *personal injury* caused by a gradual process, disease, or infection consequential on treatment given to the person for *personal injury* for which the person has cover ». In queste ipotesi, come rileva J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1013, « cover is consequential on treatment given to the person for another *personal injury* for which the person has cover ».

⁹⁶⁰ Spiega, infatti, J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1013, che: « This result is achieved by excluding from the statutory definition of “accident” treatment given in New Zealand [...] ». A tale conclusione perviene, altresì, S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 52.

(almeno) la *littera* della norma prescinde da qualunque dimostrazione della colpa in capo all' esercente la professione sanitaria (“*registered health professional*”)⁹⁶¹. È inoltre venuta meno la necessità di applicare un test di rarità o serietà alle lesioni, con la conseguenza che la copertura potrà essere assegnata anche in caso di pregiudizi meno gravi⁹⁶².

La fattispecie che si esamina gode, al pari dei “*work-related gradual process*” e del “*cover for mental injuries arising out of criminal offences*”, di una disciplina a sé stante rispetto a quella, più generale, di “*personal injury*”⁹⁶³.

8.3.1. La nozione di « *personal injury... caused by an accident* »

Ancora prima di analizzare il perimetro applicativo della norma considerata, è bene spendere alcune riflessioni in ordine alla locuzione di “*personal injury*”, già più volte citata e la cui comprensione è presupposta dal disposto di cui alla s. 32⁹⁶⁴.

Lasciata per lungo tempo alla discrezionalità delle corti, le quali ne avevano tendenzialmente restituita un'interpretazione estensiva, tale nozione ha ricevuto solo di recente un'accurata (e più rigorosa) “*statutory definition*”⁹⁶⁵.

Senza altro esemplificativa e riepilogativa della cennata tendenza espansiva è, tra le molte, la pronuncia relativa al caso *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, emessa dalla Court of Appeal nel 1991⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ Cfr. J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1014.

⁹⁶² Cfr. J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1014.

⁹⁶³ Così, D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 117.

⁹⁶⁴ La norma prevede che: « Treatment injury means *personal injury* that is [...] » (corsivo nostro).

⁹⁶⁵ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 28. Ne dà atto anche K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, cit., 922 ss.

Tra le prime decisioni a delineare il contenuto cfr. *G v Auckland Hospital Boards* (Supreme Court), in *NZLR*, 1976, 1, 638, ove il Giudice Henry rilevava: « [...] but looking at the Act as a whole [si riferisce all'Accident Compensation Act 1972], [...] it is designed to provide compensation for those who suffer injury (or death). The injury (or death) is qualified by the term “by accident” which seems to me to preclude the test from being an inquiry into whether or not the person who caused the injury was an intentional wrongdoer, reckless wrongdoer, negligent wrongdoer or merely the innocent cause of injury. That is the description of the actor and not a description of what the victim suffered. Indeed, an accident may happen without the intervention of a second party but result from something done solely by the injured person. The legislation must be construed from the point of view of the person who suffers the injury and in the light of the wide language used [...] ».

⁹⁶⁶ *Accident Compensation Corporation v Mitchell* (Court of Appeal), in *NZLR*, 1992, 2, 436 ss. Il caso riguardava la condizione di seria e permanente disabilità sofferta da un neonato a seguito di un episodio di apnea. Si trattava, dunque, di comprendere se la situazione in esame potesse dare luogo ad una compensazione ai sensi dell'ACA.

Al tempo della sentenza, vigeva l'*Accident Compensation Act 1982* (disponibile in banca dati *LexisNexis Advance*), il quale, alla S. 2 (*Interpretation*) così intendeva la nozione di “*personal injury by accident*”: essa includeva 1) « physical and mental consequences of any such injury or of the accident »; 2) « Medical, surgical, dental, or first aid misadventure »; 3) « Incapacity resulting from an occupational disease or industrial deafness to

Difettando una definizione esaustiva di “*personal injury by accident*”, la Corte riteneva che la stessa dovesse essere ricostruita secondo il comune e naturale significato delle parole calate nello specifico contesto normativo, avuto anche riguardo allo schema e alla *ratio* della norma⁹⁶⁷. Per questa via, il giudice Richardson si soffermava anzitutto sulla lettera della norma, la quale sul punto statuisce come la lesione debba essere occasionata « by accident » e non, invece, « by an accident », in definitiva, cioè, a prescindere dall’identificazione e dalla prova di una specifica azione (o di un fattore) quale causa della stessa (« causative » o « precipitating external event »⁹⁶⁸). Per “*accident*” più genericamente – *rectius*, estensivamente – doveva intendersi, in accordo con la consolidata giurisprudenza, « an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed »⁹⁶⁹, a prescindere, peraltro, dalla circostanza che lo stesso fosse *work-related*.

Avanzando un’interpretazione teleologicamente orientata (oltrechè nuovamente estensiva), la Corte sottolineava, altresì, come una « generous uniggardly interpretation of personal injury by accident »⁹⁷⁰ fosse del tutto in linea con l’intento dell’*Accident Compensation Act* di offrire una copertura integrale per tutti coloro che avessero subito una *accidental injury* in Nuova Zelanda « wherever, whenever and however occurring »⁹⁷¹.

Ad analoghe conclusioni (e, in definitiva, al rigetto dell’appello presentato dall’*ACC*) perveniva altresì il percorso argomentativo del giudice Gault, per il quale le esclusioni e le aggiunte previste dalla norma dettata dall’*ACA* in materia di “*personal injury by accident*” non potevano certo costituire un vincolo per l’interprete, trattandosi di una « non-exhaustive definition »⁹⁷² fungendo semmai quale ausilio a fini ermeneutici. Il giudicante escludeva la necessità che, ai fini della concessione dell’indennizzo, dovesse sussistere un evento o un fattore esterno

the extent that cover extends in respect of the disease or industrial deafness [...] »; 4) « Actual bodily harm (including pregnancy and mental or nervous shock) [...] ». D’altro canto, tale definizione escludeva due ipotesi: 1) « Damage to the body or mind caused by a cardio-vascular or cerebro-vascular episode unless the episode is the result of effort, strain, or stress that is abnormal, excessive, or unusual for the person suffering it, and the effort, strain, or stress arises out of and in the course of the employment of that person »; 2) « Damage to the body or mind caused exclusively by disease, infection, or the ageing process ».

Com’è evidente, la nozione di “*accidental personal injury*” risultante dalla definizione e dalle esclusioni appena esaminate appariva assai lata. In questo senso, D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 10 s.

⁹⁶⁷ Cfr. *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 438 (Richardson J.).

⁹⁶⁸ *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 438 (Richardson J.). Sul significato della locuzione “*personal injury by accident*” e i suoi corollari, cfr. anche *ACC v E (Court of Appeal)*, in *New Zealand Law Reports*, 1992, 2, 426 ss.

⁹⁶⁹ *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 438 (Richardson J.).

⁹⁷⁰ *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 438 (Richardson J.).

⁹⁷¹ *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 439 (Richardson J.).

⁹⁷² *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 443 (Gault J.).

causativo, il quale, piuttosto, doveva costituire oggetto di previsione legislativa (e non essere certo il frutto di un'attività interpretativa)⁹⁷³.

Secondo autorevole dottrina, in conclusione, « it seems clear that these decisions extended the scheme far beyond what it was originally expected to cover and what the term “personal injury by accident” had previously been understood to encompass »⁹⁷⁴.

A fronte della tendenza espansiva di cui si è resa protagonista la giurisprudenza, la riforma del 1992 procedeva ad una ridefinizione, in senso restrittivo, della nozione di “*accidental personal injury*” rilevante ai fini della copertura, così da limitare la discrezionalità fino ad allora esercitata dai decisori⁹⁷⁵. Il beneficio indennitario veniva dunque riconosciuto alle lesioni personali derivanti da « an accident »⁹⁷⁶, da una malattia o infezione originante dallo svolgimento della prestazione lavorativa, *malpractice* medica o, ancora, se conseguenza di un

⁹⁷³ *Accident Compensation Corporation v Mitchell*, cit., 444 (Gault J.): « if there is to be such a requirement, that would be imposed not as a matter of interpretation but as a matter of policy ». Peraltro, si sottolinea come, rispetto all'*Accident Compensation Amendment Bill* n. 2, il testo poi approvato avesse deliberatamente ommesso il requisito, nel primo presente, « of an untoward event external to the body ».

⁹⁷⁴ Così K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, cit., 923.

Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. *Green v Matheson*, cit., 564 (in part. 571 s.), dalla quale comprendiamo che il punto di partenza nella definizione di “*personal injury by accident*” sarebbe il caso (inglese) *Fenton v Thorley & Co Ltd* (i cui estremi si leggono in *Green v. Matheson*), annotata in *Juridical Review*, 1903, 15(3), 319-328, poi ereditato dalla giurisprudenza neozelandese a partire da *Mount Albert City Council v. New Zealand Municipalities Co-operative Insurance Co Ltd* (Court of Appeal), in *New Zealand Law Reports*, 1983, 190; *G v Auckland Hospital Boards*, cit., 638; *Willis v Attorney-General* (Court of Appeal), in *New Zealand Law Reports*, 1989, 3, 574; *Accident Compensation Corporation v E* (Court of Appeal), in *New Zealand Law Reports*, 1992, 2, 426 ss.; *Childs v Hillock* (Court of Appeal), in *New Zealand Law Reports*, 1994, 2, 65, la quale riprendeva (*ivi*, 70), sintetizzandoli, alcuni punti di *Green v. Matheson*: « 1. Use of the non-exhaustive form in the definition of “personal injury by accident” means that the natural and ordinary meaning of the phrase is left to apply. 2. While there is no entirely precise natural and ordinary meaning of “accident” the appropriate starting point is an unlooked-for mishap or untoward event which is not expected or designed. 3. “Personal injury by accident” thus refers to a mishap or event causing harm to the person and includes, by reason of the statutory inclusion of “mental consequences” all the emotional and psychological effects of the injury or of the accident. 4. Whether there has been a personal injury by accident must be judged from the point of view of the victim. 5. The concept of personal injury by accident is well capable of applying to any adverse consequences to a patient’s health caused by wrong medical treatment ».

⁹⁷⁵ G. PALMER, *New Zealand’s Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 241 s., il quale ne analizza le implicazioni anche sul versante del diritto ad agire per *negligence*. « To the extent that situations which were previously covered but are no longer covered under the 1992 legislation, the common law action will revive, if the injury resulted from a tort ».

⁹⁷⁶ Sottolinea l'importanza dell'introduzione della locuzione “*an*” anche D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 11: « in other words it was necessary to identify a particular event or series of events ». L’A. nota, altresì, come, se fosse stata vigente questa disciplina, nel caso *Accident Compensation Corporation v Mitchell* non sarebbe stata riconosciuta alcuna copertura.

trattamento per una lesione personale⁹⁷⁷; categorie, queste, trattate singolarmente e assoggettate a specifici regimi definitivi⁹⁷⁸.

All'esito del processo di riforma, in virtù di quanto disposto dalla sezione 26(1), “*personal injury*” ricomprende⁹⁷⁹, oggi, le seguenti fattispecie:

- « (a) the death of a person; or
 - (b) physical injuries *suffered* by a person, including, for example, a strain or a sprain; or
 - (c) mental injury suffered by a person because of physical injuries *suffered* by the person; or
 - (d) mental injury suffered by a person in the circumstances described in *section 21*; or (da) work-related mental injury that is suffered by a person in the circumstances described in *section 21B*; or
 - (e) damage (other than wear and tear) to dentures or prostheses that replace a part of the human body
- »⁹⁸⁰.

La norma restituisce una definizione assai estesa di “*personal injury*” (e comunque più ampia rispetto al suo naturale significato⁹⁸¹). Parimenti estensiva è l'interpretazione restituitane in giurisprudenza: si pensi, a tal proposito, al caso *Allenby v H*⁹⁸².

Come si può comprendere dalla definizione recata dalla s. 26, per “*personal injury*” s'intenderà, in via principale, oltre alla morte, una lesione all'integrità fisica della persona, essendo le lesioni alla sfera psichica riconosciute solo al ricorrere di ulteriori condizioni.

In effetti, è solo in tre circostanze che le conseguenze di un fatto accidentale sulla sfera psichica di un soggetto (c.d. “*mental injury*”) risultano destinatarie di copertura ai sensi dell'*ACA 2001*: si tratta dell'ipotesi (generale) in cui un soggetto abbia sofferto una “*mental injury*” per effetto

⁹⁷⁷ *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act 1992*, disponibile sulla banca dati *LexisNexis Advance*. A queste ipotesi, la S. 8 (par. 3) aggiungeva, altresì, « *personal injury that is mental or nervous shock suffered by a person as an outcome of any act of any other person performed on, with, or in relation to the first person [...]* » in alcune ipotesi specifiche di reati contro la libertà sessuale.

Anche la nozione di “*personal injury*” veniva definita con maggiore precisione (S. 4, parr. 1 e 2).

⁹⁷⁸ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 28 s. Sul punto si avrà modo di tornare più attentamente *infra*.

⁹⁷⁹ L'ambito di operatività è, invece, definito in negativo mediante l'esclusione delle ipotesi di cui ai paragrafi 2-3-4.

⁹⁸⁰ Per un'accurata analisi delle single voci descrittive di “*personal injury*” – la cui ampiezza ne impedisce, in questa sede, un'analisi accurata – si cfr. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 28 ss.; J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1000 ss.

⁹⁸¹ Così, J. MANNING, *op. cit.*, 1001, sottolinea che essa sarebbe: « *wide enough to include physical effects to the body from gradual process, disease and infection which would not ordinarily be described as “personal injury” or “physical injuries”*. There are various indications in the language of the Act that they are to be understood as included within “*personal injury*” unless specifically excluded ».

⁹⁸² *Allenby v H* (Supreme Court), in *New Zealand Statutes Archive*, 2012, 33, para 18. Chiamata anche a comprendere se « *physical consequences of pregnancy (and any mental consequences resulting from the physical consequences) amount to personal injuries (a question which in argument turned largely on whether the non-malignant natural consequences of conception are properly characterised as “injury”)* », la Suprema Corte ha rilevato che « *The meaning of “personal injury caused by medical misadventure” covers physical impact upon the person, expansively viewed* » (corsivo nostro).

di un pregiudizio all'integrità fisica (s. 26(1), lettera c); si considerino, poi, i casi speciali di cui alla s. 21 (rubricata, "*Cover for mental injury caused by certain criminal acts*") ed alla s. 21B, dedicata alle ipotesi di mental injury insorte nel contesto del luogo di lavoro ("*Cover for work-related mental injury*")⁹⁸³ o, in altri termini, « shock-inducing events at work »⁹⁸⁴.

A differenza della (ben più generosa) formulazione adottata dallo Schema prima della riforma del 1992⁹⁸⁵, la compensazione del danno da "*mental injury*" risulta garantita (salvo le ipotesi speciali) solo se "conseguenziale", cioè quale conseguenza di una lesione fisica sofferta dalla stessa persona.

Ai sensi dell'attuale formulazione della s. 27, per "*mental injury*" s'intende « a clinically significant behavioural, cognitive, or psychological dysfunction »⁹⁸⁶.

Al di fuori delle fattispecie sopra considerate, invece, è escluso il ricorso allo Schema e solamente l'azione ordinaria di responsabilità può consentire alla vittima di ottenere un ristoro. In virtù del richiamo operato dalla sezione 20(1)(c) alla s. 20(2)(a), al fine di ottenere il risarcimento è altresì indispensabile, fatte salve le ulteriori condizioni dettate dalla s. 20(1)⁹⁸⁷, che la "*personal injury*" sia stata causata « by an accident to the person », a sua volta descritto alla successiva sezione 25 dell'*Accident Compensation Act 2001*; in questo senso si pone anche il dettato della s. 25(3), secondo cui « The fact that a person has suffered a personal injury is not of itself to be construed as an indicator or presumption that it was caused by an accident ». La nozione è offerta dalla s. 25⁹⁸⁸.

⁹⁸³ Cfr. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 56.

⁹⁸⁴ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 45.

⁹⁸⁵ Come ricorda J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1002 ss., prima della riforma del 1992, « such mental consequences included lesser mental states than a diagnosable mental illness (such as grief, humiliation, distress and mental suffering) and were covered ». Attraverso la riforma, il Parlamento ha inteso ridurre l'ambito di operatività delle "*mental injury*", richiedendo la presenza di una "*physical injury*". La definizione è stata ripresa nel 1998 ed è rimasta pressochè immutata.

⁹⁸⁶ Per un approfondimento, si legga D. TENNENT, *op. cit.*, 56-59; J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1002; S. TODD, *op. ult. cit.*, 45 s.

⁹⁸⁷ S. 20 (rubricata, "*Cover for personal injury suffered in New Zealand (except mental injury caused by certain criminal acts or work-related mental injury)*"): « A person has cover for a personal injury if— (a) he or she suffers the personal injury in New Zealand on or after 1 April 2002; and (b) the personal injury is any of the kinds of injuries described in or (b) or (c) or (e); and (c) the personal injury is described in any of the paragraphs in subsection (2) ».

⁹⁸⁸ « (1) Accident means any of the following kinds of occurrences:

(a) a specific event or a series of events, other than a gradual process, that—

(i) involves the application of a force (including gravity), or resistance, external to the human body; or

(ii) involves the sudden movement of the body to avoid a force (including gravity), or resistance, external to the body; or

(iii) involves a twisting movement of the body:

L'ipotesi di più frequente applicazione è descritta dalla subsezione 1(a), la quale copre le fattispecie ordinarie di incidente e, per la sua formulazione, sembra idonea ad includere anche gli atti dolosi, gli eventi in serie (purchè non si tratti di “*gradual process*”, viceversa escluso)⁹⁸⁹. La nozione di *accident* – pur non attinente all’ambito del trattamento sanitario – mostra tutta la sua importanza anche sul piano del rapporto con quella, talvolta attigua, di “*sickness*”, “*illness*” o “*disease*” (termini, quantomeno ai nostri fini, sinonimici). Sul punto, si avrà modo di tornare nel prosieguo.

8.4. «...suffered by a person seeking treatment [...] or receiving treatment [...] or referred to in subsection (7) ». La nozione di “Registered health professional”

Si è già detto che l’indennizzo viene riconosciuto, tra gli altri casi, a chi abbia subito una « *personal injury* [qualificata ai sensi della s. 26] that is *treatment injury* » (s. 20 (1) e (2))⁹⁹⁰.

Ai fini dell’operatività dello schema, la sezione 32(1)(a) pretende che la lesione di tipo iatrogeno sia stata subita da una persona che abbia richiesto o ricevuto un trattamento sanitario ad opera (o sotto la direzione) di uno o più esercenti la professione sanitaria certificati.

Procedendo con ordine: come correttamente evidenziato, nel riferirsi a “uno o più” operatori sanitari, la norma mostra di ben comprendere come il trattamento medico sia sempre più il risultato dell’azione coordinata di *équipe* multidisciplinari, piuttosto che dell’opera del singolo operatore⁹⁹¹.

Laddove un qualunque intervento di carattere terapeutico⁹⁹² realizzato da un “*registered health professional*” si sia posto quale antecedente eziologico di una “*personal injury*”, la nozione di “*treatment injury*” verrà nondimeno integrata a prescindere del fatto che, nella medesima

(b) the inhalation of any solid, liquid, gas, or foreign object on a specific occasion, which kind of occurrence does not include the inhalation of a virus, bacterium, protozoan, or fungus, unless that inhalation is the result of the criminal act of a person other than the injured person: [...] »

La norma prevede, poi, ulteriori fattispecie di meno rilevante applicazione. I casi di esclusione sono, invece, disciplinati alla s. 25(2) e (3).

⁹⁸⁹ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 43, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁹⁹⁰ S. 32 (1), con corsivi nostri: « (1) *Treatment injury* means *personal injury* that is—

(a) suffered by a person—

(i) seeking treatment from 1 or more registered health professionals; or

(ii) receiving treatment from, or at the direction of, 1 or more *registered health professionals*; or

(iii) referred to in subsection (7); and [...] »

⁹⁹¹ J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1018 s.

⁹⁹² Si riprende l’esemplificazione fatta da J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1018: « Examples of clinical interventions include examination, diagnosis, information-provision, performing a procedure, treatment decisions, monitoring, recording and reporting on treatment or the patient’s progress, and decisions to admit or discharge a patient ».

sequenza causale, si siano inserite le azioni o le decisioni – anch’esse oggetto di censura – poste in essere da altri soggetti (diversi) ⁹⁹³.

Per esemplificare: se, accanto all’intervento di un “*registered health professional*”, a *concorrere* alla determinazione del danno è stato un errore di tipo “amministrativo” (o, più in generale, un qualunque altro errore non attinente al merito terapeutico) commesso dalla struttura o dal personale non specializzato, ciò non potrà costituire il pretesto per eludere l’applicazione delle norme in materia di “*treatment injury*”; la copertura potrà d’altro canto venire meno solo allorquando il fatto dannoso sia meramente amministrativo e prescinda da qualunque intervento di un operatore sanitario ⁹⁹⁴.

In altri termini, « The true nature of the claim must be assessed in relation to the statutory definition. Cover does not depend on the manner in which it is pleaded » ⁹⁹⁵.

La nozione di “*registered health professional*” – rievocata *aliunde* dall’*ACA*: si pensi alla s. 25(2)(a) in tema di “*accident*” ⁹⁹⁶ – era in precedenza ⁹⁹⁷ descritta dalla s. 6, per essere sostituita, a partire dal 1° ottobre 2019, dal più generico riferimento a « registered health professional of a type defined in regulations made under this Act ». In questo senso concordante è la s. 322(1), secondo la quale « The Governor-General may, on the recommendation of the Minister, by

⁹⁹³ Cfr. J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1018. In tal senso, cfr. *Van Soest v Residual Management Unit* (Court of Appeal), in *NZLR*, 2000, 1, 179 ss. (in part. 184 s.).

⁹⁹⁴ Cfr. J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1018.

⁹⁹⁵ Le parole sono di J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1018 s. L’Autrice sottolinea, poi, come pure potrebbero sussistere casi di risarcimento in presenza di errori di carattere puramente amministrativo: « Take for example the losing of a patient’s file by hospital administrative staff, so that the patient is not contacted and offered treatment when he or she otherwise would have been, and personal injury is caused by the untreated condition worsening as a result of the delay. This could still perhaps be covered as treatment injury, even though there is minimal involvement by a registered health professional [...] » (*ivi*, nt. 124).

⁹⁹⁶ Sezione 25(2): « However, accident does not include— (a) any of those kinds of occurrences if the occurrence is treatment given,— (i) in New Zealand, by or at the direction of a registered health professional; or (ii) outside New Zealand, by or at the direction of a person who has qualifications that are the same as or equivalent to those of a registered health professional; [...] ».

⁹⁹⁷ L’emendata versione della s. 6 così disponeva: « registered health professional— (a) means a chiropractor, clinical dental technician, dental technician, dentist, medical laboratory technologist, medical practitioner, medical radiation technologist, midwife, nurse, nurse practitioner, occupational therapist, optometrist, pharmacist, physiotherapist, or podiatrist; and (b) includes any person referred to in paragraph (a) who holds an interim practising certificate but only when acting in accordance with any conditions of such interim certificate; and (c) includes a member of any occupational group included in the definition of registered health professional by regulations made under section 322 ».

Per un’analisi della disciplina antecedente alla riforma, si rinvia a J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1019 s.

Order in Council, make regulations⁹⁹⁸— [...] (e) defining a type or types of registered health professional for the purposes of this Act [...] »⁹⁹⁹.

Infine, la sezione esaminata (S. 32(1)(a)(iii) garantisce una copertura anche nelle fattispecie delineate dalla subsezione 7 (della s. 32), la quale prevede un'estensione della copertura a soggetti (vittime secondarie) diversi dal paziente (vittima primaria) ma che abbiano subito una *personal injury* proprio a causa di un'infezione – da quest'ultimo subito per effetto del trattamento sanitario e – da questi trasmessa¹⁰⁰⁰.

8.5. « Treatment »: la nozione di trattamento medico

L'attenzione va, quindi, rivolta all'antecedente della catena causale: il trattamento medico¹⁰⁰¹. La successiva s. 33 dell'*ACA 2001* ne offre una definizione assai ampia¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ Trattasi, in ogni caso, di regolamenti appartenenti a “secondary legislation”: cfr. s. 322(4).

⁹⁹⁹ La successiva sezione 322A contiene ulteriori previsioni sul punto.

¹⁰⁰⁰ Più precisamente: « If a person (person A) suffers an infection that is a treatment injury, cover for that personal injury extends to— (a) person A's spouse or partner, if person A has passed the infection on directly to the spouse or partner: (b) person A's child, if person A has passed the infection on directly to the child: (c) any other third party, if person A has passed the infection on directly to that third party: (d) person A's child or any other third party, if— (i) person A has passed the infection directly to his or her spouse or partner; and (ii) person A's spouse or partner has then passed the infection directly to the child or third party ».

Si pensi, per esemplificare, al caso in cui, a seguito di un'emotrasfusione infetta, un soggetto abbia contratto il virus dell'HIV e, prima della diagnosi, abbia trasmesso l'infezione al coniuge o al partner o ad un terzo a seguito di un contatto sessuale. La copertura è garantita, in questo caso, alla vittima primaria, al coniuge o partner, al terzo o, ancora, all'infante che abbia contratto il virus a seguito del parto o tramite la suzione del latte materno. L'esemplificazione è di J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1020.

¹⁰⁰¹ Cfr. s. 32 (1)(b): « (1) Treatment injury means personal injury that is— [...] (b) caused by treatment; and [...] ».

¹⁰⁰² « (1) For the purposes of determining whether a treatment injury has occurred, or when that injury occurred, treatment includes—

(a) the giving of treatment:

(b) a diagnosis of a person's medical condition:

(c) a decision on the treatment to be provided (including a decision not to provide treatment):

(d) a failure to provide treatment, or to provide treatment in a timely manner:

(e) obtaining, or failing to obtain, a person's consent to undergo treatment, including any information provided to the person (or other person legally entitled to consent on their behalf if the person does not have legal capacity) to enable the person to make an informed decision on whether to accept treatment:

(f) the provision of prophylaxis:

(g) the failure of any equipment, device, or tool used as part of the treatment process, including the failure of any implant or prosthesis (except where the failure of the implant or prosthesis is caused by an intervening act or by fair wear and tear), whether at the time of giving treatment or subsequently:

(h) the application of any support systems, including policies, processes, practices, and administrative systems, that—

(i) are used by the organisation or person providing the treatment; and

(ii) directly support the treatment ».

I casi di esclusione saranno invece esaminati *infra*.

Si tratta, ad un primo sguardo, di una nozione definita assai ampiamente: la giurisprudenza, peraltro, sottolinea come la casistica elencata (lett. a-h) non debba intendersi come esclusiva ed esaustiva¹⁰⁰³; la sua definizione – che, specie in passato, si riteneva scontasse inevitabilmente delle difficoltà nella sua applicazione pratica¹⁰⁰⁴ – infatti, non deve arrestarsi al (più limitato) significato di intervento terapeutico, in quanto, al contrario, è espressione di tutte le funzioni di tale intervento costituiscono parte integrante¹⁰⁰⁵, compresa, ad esempio, l'attività diagnostica, di consulto ed informativa.

Inoltre, purchè il danneggiato sia in grado di dimostrare la correlazione eziologica tra l'intervento terapeutico e il danno subito, non vi è necessità che, tra di essi, sussista uno stringente rapporto di tipo temporale (comunque utile ai fini della prova del nesso causale); pertanto, il danno potrà essere anche sofferto in un momento successivo alla conclusione del trattamento¹⁰⁰⁶.

Inoltre, in senso coerente con il modello del “*system approach*” adottato dall’*ACA 2001*, la definizione di “*treatment*” include, altresì, fattispecie di difetto d’organizzazione che siano il risultato dell’applicazione di protocolli, pratiche e processi di natura amministrativa, i quali abbiano interferito nell’esecuzione del rapporto di cura¹⁰⁰⁷.

8.5.1. « Treatment includes [...] a failure to provide treatment, or to provide treatment in a timely manner »; « Treatment injury means personal injury that is [...] not a necessary

¹⁰⁰³ In questo senso, cfr. la recente *Barron v Accident Compensation Corporation (ACC)* (High Court of Auckland) – CIV-2008-485-000325, 9 December 2008. Il caso riguardava un soggetto che aveva contratto una severa patologia agli occhi a causa di lenti a contatto prescritte qualche anno prima da un professionista medico. Sulla scorta dell’ampia definizione di “*treatment*”, la High Court precisava, dunque, come nel tempo di utilizzo delle lenti a contatto, il paziente fosse nondimeno sottoposto ad un trattamento. Secondo la giurisprudenza, dunque, appare pacifico come il monitoraggio costante del paziente possa, a tutti gli effetti, integrare un “*treatment*” ai sensi della s. 33 dell’*ACA 2001*.

Cfr. sul punto anche D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 130 s.

¹⁰⁰⁴ Sotto la previgente versione legislativa, cfr. *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Corporation (ARCIC) v RW* (High Court of Auckland) – AP 60-SW99, 4 August 1999. Il caso riguardava il monitoraggio di un neonato prematuro, anch’esso definito, ai sensi della s. 33, un “*treatment*”, in quanto oggetto di costante trattamento da parte degli operatori ospedalieri, purchè del perdurante monitoraggio fosse data la prova. In quella sede, il giudice Anderson adottava la nozione di trattamento – inserita all’interno del *New Shorter Oxford English Dictionary* – alla stregua di « The application of medical care or attention to a patient, ailment etc. », dichiarando di non voler andare oltre « the ordinary meaning of “*treatment*” » per come ivi definita.

¹⁰⁰⁵ Così, J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1015.

¹⁰⁰⁶ Così, J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1016.

¹⁰⁰⁷ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1016.

part or ordinary consequence, of the treatment [...] »: segnali normativi di un ritorno alla colpa?

Una serie di indici normativi contenuti nell'*ACA 2001* consentono di procedere ad una riflessione di più ampio respiro e verificare se l'elemento colposo (precisamente: una valutazione, sul piano della negligenza, della condotta) continui a rilevare – all'interno di un modello, definito, *no-fault* – quale elemento utile ai fini della corresponsione dell'indennizzo. Come si legge nel giudizio *Amosa v ACC*, nella nuova versione dell'*ACA* sarebbe del tutto neutrale la ricerca di una negligenza in capo al professionista sanitario, in quanto la disciplina guarda al “*treatment*” alla stregua di un mero fatto, quindi paragonabile ad un “*accident*”, senza confrontarsi con standard di ragionevolezza o individuabilità: « The whole point of the new regime is to remove the need to judge treatment decisions, but rather to focus on the outcome of treatment decisions »¹⁰⁰⁸.

Il fuoco dell'attenzione, dunque, veniva spostato dalla condotta sanitaria all'esito – infausto – cui questa condotta aveva dato luogo.

Eppure, giustamente la letteratura sottolinea come, pure nella riformata versione dell'*ACA*, sussistano indici normativi tali da rendere estremamente difficile scindere la condotta tenuta dal risultato avverso dalla prima causato¹⁰⁰⁹.

Un'esemplificazione è offerta, anzitutto, dalla S. 33 (d): all'interno della nozione di trattamento, s'incluse, tra le molte fattispecie, l'ipotesi in cui l'intervento terapeutico (in senso, come visto, ampio) non sia stato eseguito, oppure all'esecuzione dello stesso non si sia dato tempestivo corso¹⁰¹⁰.

Tanto nel (citato) caso *Amosa*, quanto in quello, di poco precedente, *Corbishley v ACC*¹⁰¹¹, l'attenzione veniva infatti rivolta al trattamento (più che alle sue conseguenze), per comprendere un eventuale scollamento rispetto ad uno standard di diligenza.

Infatti, secondo la decisione resa nel 2012, laddove l'esecuzione di un'ecografia all'addome fosse stata eseguita tempestivamente, il paziente avrebbe potuto essere sottoposto a trattamenti

¹⁰⁰⁸ *Amosa v Accident Compensation Corporation* (District Court of Auckland), 2012, in *NZACC*, 2012, 77, par. 68.

¹⁰⁰⁹ D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 124 s.

¹⁰¹⁰ S. 33(1)(d): « Treatment includes [...] a failure to provide treatment, or to provide treatment in a timely manner ». Il termine “*failure*” – come chiarito in *Adlam v Accident Compensation Corporation* (Court of Appeal), 2017, in *NZLR*, 2018, 457 – si riferisce ad entrambe le ipotesi: « both a failure to provide treatment, and a failure to provide treatment in a timely manner ».

¹⁰¹¹ *Corbishley v Accident Compensation Corporation* (District Court of Napier) – BC201060209, 2010, in *NZACC*, 2010, 192.

antibiotici, guarire, senza sperimentare le lesioni sofferte: il medico – si legge – « dedicated and fine professional that he clearly is, should have been more prudent and cautious as explained above »¹⁰¹².

Nel giudizio *Corbishley*, allo stesso modo, i giudici rilevavano come una diagnosi corretta e un intervento chirurgico più tempestivi avrebbero condotto a conseguenze invero meno severe; avrebbe, quindi, tenuto un comportamento negligente quel medico, meno esperto, che non aveva tempestivamente richiesto un parere da parte di altri operatori¹⁰¹³.

Ancora, il giudice Cooper, nell'ambito della sentenza *Adlam*¹⁰¹⁴, si chiede se il termine “*failure*” cui fa riferimento la richiamata s. 33 dovesse essere inteso « as meaning not doing something that should have been done or whether it means simply not doing something that could have been done ». Nell'offrire una risposta, la Corte sottolineava come entrambe le ipotesi considerate dalla s. 33 impongano di prendere in considerazione uno standard, richiedendo di verificare se, in un caso, sia stato omissso un trattamento che avrebbe dovuto essere svolto o, nell'altro, se il trattamento, pur non omissso, sia stato sì eseguito, ma in un momento successivo.

Poiché le norme delle ss. 32 e 33 complessivamente richiedono di dimostrare che un trattamento alternativo avrebbe dovuto e potuto essere offerto in considerazione del quadro clinico presente al momento del “*failure*”, il legislatore sembrava indicare la volontà di limitare l'indennizzo a coloro i quali avessero sofferto un pregiudizio « undergoing treatment, rather than providing cover for all those who suffer »¹⁰¹⁵.

Pertanto, ricorrendo ad un'interpretazione fedele alla volontà del legislatore, il giudice concludeva che la valutazione dei “*failures*” veniva legata ad uno “standard oggettivo” dal

¹⁰¹² *Amosa v Accident Compensation Corporation*, cit., par. 80.

¹⁰¹³ *Corbishley v Accident Compensation Corporation*, cit., parr. 54 ss. In termini analoghi, cfr. *Crampton v Accident Compensation Corporation* (District Court of Auckland), 2013, in *NZACC*, 2013, 182, ove il giudice discorreva di adeguatezza del trattamento (par. 148). In premessa si sottolineava che « It is, however, clear that Dr Bennett approached the case with a good deal of circumspection arising out of his concern that it might entail an exercise in fixing or apportioning blame on or amongst individual medical personnel. That of course is not the case. Instead it is one of assessing objectively the sufficiency of the interventions and, if they were inappropriate or insufficient, whether there is a causal nexus between that state of affairs and the outcome for Mrs Crampton. None of the medical people then engaged is in any sense at all on trial. The accident compensation scheme is a no fault one ». Nelle conclusioni, tuttavia, il Giudice ricorreva ad una terminologia del tutto sovrapponibile a quella della riforma antecedente il 2005.

¹⁰¹⁴ *Adlam v Accident Compensation Corporation*, cit., par. 50.

¹⁰¹⁵ *Adlam v Accident Compensation Corporation*, cit., par. 62.

quale la condotta tenuta avrebbe deviato e in quale misura, senza tradursi, però, in una valutazione di negligenza, disincentivata dalla riforma¹⁰¹⁶.

Si ritiene, in altre parole, possibile distinguere tra il sindacato sulla sussistenza di un errore in capo al professionista sanitario e la constatazione che il trattamento terapeutico avrebbe dovuto seguire un diverso corso¹⁰¹⁷.

Posto che, come affermato dai giudici del grado precedente, « A purely outcome-based approach [...] will inevitably result in all undiagnosed or incorrectly treated illnesses being covered by the scheme »¹⁰¹⁸, così del tutto neutralizzando la linea di confine tra “*accident*” e “*illness*”, la Court of Appeal decideva di adottare, come principio guida per la valutazione dell’evitabilità della lesione, quello proposto, in dottrina, da Manning – « the experience specialist standard »¹⁰¹⁹.

In definitiva, nonostante l’intento della riforma di sradicare l’elemento colposo, omettendo ogni riferimento a “*error*” o “*mishap*”, in letteratura si è espressa la (condivisa) preoccupazione che, per l’interpretazione resa da alcune Corti delle norme dell’*ACA* in materia di “*treatment injury*”, questi elementi continuassero a mantenere una rilevanza nella determinazione del danno.

Questo quadro imponeva di individuare uno standard tale da mantenere al minimo il ruolo esercitato della *negligence*.

Il richiamato criterio « the experience specialist standard », adottato dal modello scandinavo di riparazione del danno da atto medico, si contrapponeva a quello di *common law*, consistente nel « reasonable care and skill exercised by the ordinary skilled practitioner from the same field »¹⁰²⁰, giacchè richiedeva di comprendere in che modo uno specialista, esperto nel settore, avrebbe operato in quelle circostanze.

Lo standard proposto, invece, faceva dipendere l’erogazione dell’indennizzo « on a retroactive assessment of whether the injury could have been avoided, assessed from the date of the claim in light of knowledge of the outcome of treatment, rather than preventability being a matter of prospective assessment of judgements and decisions made at the time of treatment [...] »¹⁰²¹,

¹⁰¹⁶ Adlam v Accident Compensation Corporation, cit., par. 65.

¹⁰¹⁷ Adlam v Accident Compensation Corporation, cit., par. 69.

¹⁰¹⁸ Accident Compensation Corporation v Adlam (High Court of Wellington), 2016, in *NZLR*, 2016, 3, 497 (par. 43).

¹⁰¹⁹ J. MANNING, *Plus ça change, plus c'est la même chose: Negligence and Treatment Injury in New Zealand's accident compensation scheme*, in *Medical Law International*, 14, 2014, 22 ss.

¹⁰²⁰ J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1016.

¹⁰²¹ J. MANNING, *op. cit.*, 38 ss.

utilizzando, dunque, non solo le informazioni disponibili al momento del trattamento, ma anche quelle scoperte in un secondo momento.

Analoghe difficoltà venivano sperimentate nell'interpretazione della S. 32(1)(c), secondo la quale « Treatment injury means personal injury that is [...] not a necessary part or ordinary consequence, of the treatment [...] ».

La copertura risulta, dunque, esclusa nei casi in cui la lesione resa al paziente risulti parte necessaria del trattamento, ovvero una sua conseguenza ordinaria. Tra i fattori rilevanti, la norma annovera tutte le circostanze relative all'intervento sanitario, includendovi le pregresse condizioni cliniche del paziente e le conoscenze mediche disponibili al tempo del trattamento (v. *subletter* (i) e (ii)).

Tali condizioni (“parte necessaria”; “conseguenza ordinaria”) sono da ritenersi non già cumulative, bensì alternative, con la conseguenza che la prova dell'una è sufficiente ad escludere l'accoglimento della pretesa indennitaria del paziente¹⁰²².

Il trattamento terapeutico, come noto, si espone ad un ventaglio particolarmente ampio di rischi (dai più improbabili a quelli di più facile verifica), per i quali risulta arduo porre un criterio-soglia al fine di comprendere cosa si intenda per “necessario” o “ordinario”¹⁰²³. Si apre, così, un nuovo spazio di discrezionalità in capo alle corti; spazio in cui, come sottolineato in letteratura, a venire in rilievo potrebbe essere l'individuazione di un “*mishap*”, perno che, in quanto anch'esso attinente a valutazioni di più generale “*negligence*”, la riforma intendeva neutralizzare¹⁰²⁴: in effetti, si ritiene che, nel valutare se la lesione sia una conseguenza ordinaria riconducibile all'intervento medico, tanto le Corti quanto l'ACC dovranno preliminarmente chiedersi quale dovesse essere il trattamento che avrebbe dovuto essere offerto in tali circostanze¹⁰²⁵.

Le lesioni “necessarie” sono individuate tra quelle volute o programmate o comunque parte indispensabile del più ampio intervento; un maggiore sforzo ermeneutico pretende, invece, la locuzione “conseguenze ordinarie”, lasciata indefinita¹⁰²⁶.

¹⁰²² J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1020.

¹⁰²³ Correttamente S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 54, rileva come l'incisione chirurgica eseguita durante un'operazione, riportato nella *Explanatory note* alla riforma, fosse un esempio chiaro ma inidoneo a spiegare il più ampio ambito di applicazione della norma.

¹⁰²⁴ S. TODD, *op. cit.*, 55.

¹⁰²⁵ J. MANNING, *Plus ça change, plus c'est la même chose: Negligence and Treatment Injury in New Zealand's accident compensation scheme*, cit., 42.

¹⁰²⁶ J. MANNING, *op. cit.*, 1020 s. Tra le prime interpretazioni rese, sul punto, dalla giurisprudenza, cfr. *Shepherd v Accident Compensation Corporation* (District Court of Dunedin), 2013, in *NZACC*, 2013, 109, secondo cui il termine “*ordinary consequences*” andava interpretato nel suo « plain and ordinary meaning ». Al contrario, per

Sul punto, la giurisprudenza aveva accolto soluzioni divergenti: nel caso *Shepherd*¹⁰²⁷, il termine “*ordinary consequences*” andava interpretato nel suo « plain and ordinary meaning »; al contrario, per *Porter v Accident Compensation Corporation*¹⁰²⁸, il termine “*ordinary*” non avrebbe dovuto essere inteso quale sinonimo di conseguenza “regolare” o “usuale”, richiedendo, al contempo, di considerare tutte le circostanze del trattamento (che divengono, quindi, un termine di confronto indispensabile nell’interpretazione della norma)¹⁰²⁹.

Posto che tra le “*circumstances of the treatment*” da prendere in considerazione vi sono il tempo, luogo, la complessità e la situazione d’urgenza in cui la prestazione viene svolta, si comprende come la nozione di “conseguenza ordinaria” appaia cangiante e flessibile, non potendo che dipendere in relazione al singolo atto medico in esame¹⁰³⁰. Pur non espressamente prevista dalla norma, a venire in rilievo è la frequenza statistica con cui tale conseguenza si verifica (a prescindere – si badi – dal grado di conoscenza del rischio di avveramento all’interno della scienza medica)¹⁰³¹, pur senza descrivere una specifica incidenza statistica, superata la quale la conseguenza possa definirsi “ordinaria”¹⁰³².

Solo da ultimo, la giurisprudenza¹⁰³³ è finalmente giunta a specificare il grado di frequenza statistica richiesto. La Court of Appeal rigettava l’interpretazione fattane nel grado precedente, giacchè la locuzione “*ordinary consequences*” non poteva indicare una conseguenza “più probabile che non”¹⁰³⁴ (criterio, questo, senz’altro apprezzabile, in quanto diretto e volto a semplificare l’interpretazione della norma¹⁰³⁵).

Porter v Accident Compensation Corporation (District Court of Christchurch), 2008, in *NZACC*, 2010, 104, par. 42, il termine “*ordinary*” non avrebbe dovuto essere inteso quale sinonimo di “regolare” o “usuale” conseguenza.

¹⁰²⁷ *Shepherd v Accident Compensation Corporation* (District Court of Dunedin), 2013, in *NZACC*, 2013, 109.

¹⁰²⁸ *Porter v Accident Compensation Corporation* (District Court of Christchurch), 2008, in *NZACC*, 2010, 104, par. 42.

¹⁰²⁹ J. MANNING, *Plus ça change, plus c'est la même chose: Negligence and Treatment Injury in New Zealand's accident compensation scheme*, cit., 43 ss.

¹⁰³⁰ J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1021.

¹⁰³¹ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1021. In definitiva, « courts may have regard to statistical benchmarks of likelihood as relevant ».

¹⁰³² Nel giudizio *Shepherd v Accident Compensation Corporation* (District Court of Dunedin), cit., par 45, ad esempio, una frequenza assai contenuta veniva ritenuta « amongst the eventual possibilities » ma non certo ordinaria. In *Williams v Accident Compensation Corporation* (District Court of Hamilton), 2013, in *NZACC*, 2013, 183, una terapia, indispensabile, ad alto rischio, non poteva essere considerata “conseguenza ordinaria”.

¹⁰³³ *Accident Compensation Corporation v Ng* (Court of Appeal), 2020, in *NZCA*, 2020, 274.

¹⁰³⁴ *Accident Compensation Corporation v Ng*, cit., par. 62.

¹⁰³⁵ In questi termini L. ARTHUR, *Accident Compensation Corporation v Ng [2020] 2 NZLR 683*, in *New Zealand Law Journal*, 2021, 402 ss.

A cogliere più puntualmente l'intenzione del legislatore sarebbe, al contrario, la definizione di conseguenza *non* ordinaria come « outcome that is outside of the normal range of outcomes, something out of the ordinary which occasions a measure of surprise »¹⁰³⁶: si tratta di un criterio in evidenza sganciato dal mero riferimento statistico (50% più uno), che il legislatore ha voluto superare con la riforma, neutralizzando ogni riferimento a “*rarity test*” e, in conclusione, rimesso all'apprezzamento del giudice, chiamato a considerare tutte le circostanze del trattamento e le condizioni del paziente¹⁰³⁷.

Ulteriori elementi oggetto di considerazione saranno la gravità delle conseguenze del trattamento sanitario, criterio che richiede un approccio individualizzato, anche in considerazione delle pregresse condizioni cliniche del paziente, e la conoscenza medica al tempo del trattamento: nonostante l'ampiezza della locuzione, sembra preferibile limitare tale conoscenza all'esame tratto dalla letteratura medica, piuttosto che dall'esperienza clinica del professionista, consolidatasi al tempo del trattamento¹⁰³⁸.

Come si legge in *Groves v Accident Compensation Corporation*, infine, « The exclusion is for ordinary consequences of proper treatment, not an ordinary consequence of failure to treat »¹⁰³⁹: in altri termini, una conseguenza ordinaria di un trattamento inadeguato non è certo causa di esclusione della copertura, ben potendo essere considerata tale a fronte di un intervento correttamente eseguito. Tale riflessione, tuttavia, rievoca la necessità – a chiare lettere confermata dalla Corte – di svolgere una valutazione in termini di colpa, pur solo per tale specifica finalità¹⁰⁴⁰. Pur costituendo un fattore di incoerenza di sistema, da una simile determinazione non sembra possibile prescindere: laddove esclusa, infatti, si arriverebbe al risultato paradossale di privare la tutela indennitaria a colui che abbia sperimentato delle conseguenze ordinarie di un trattamento negligente¹⁰⁴¹.

In ogni caso, un'interpretazione migliorativa del testo della S. 32 è offerta da *Hislop v Accident Compensation Corporation*¹⁰⁴², ove si sottolinea come l'indagine sulla colpa non possa fornire una risposta definitiva in ordine all'insussistenza di “*conseguenze ordinarie*” e, in ultima

¹⁰³⁶ *Accident Compensation Corporation v Ng*, cit., par. 68.

¹⁰³⁷ *Accident Compensation Corporation v Ng*, cit., par. 69.

¹⁰³⁸ J. MANNING, *Plus ça change, plus c'est la même chose: Negligence and Treatment Injury in New Zealand's accident compensation scheme*, cit., 44 ss.

¹⁰³⁹ *Groves v Accident Compensation Corporation* (District Court of Wellington), 2012, in *NZACC*, 2012, 200, par. 45.

¹⁰⁴⁰ A commento, J. MANNING, *op. cit.*, 46, rileva, infatti, che « Notions of fault are contrary to the legislative intention but, as indicated in the preceding discussion, are proving difficult to eradicate ».

¹⁰⁴¹ J. MANNING, *op. ult. cit.*, 46.

¹⁰⁴² *Hislop v Accident Compensation Corporation* (District Court of Wellington), 2013, in *NZACC*, 2013, 84.

istanza, all'accesso alla copertura. Il livello di inesperienza o non matura capacità del professionista, argomenta la Corte, non può costituire fattore tale da interpretare la locuzione “*ordinary consequences*”: al contrario, « There is an expectation of a high quality of treatment in a Public Hospital in the New Zealand health system. It would be wrong to assume otherwise »¹⁰⁴³.

8.6. « caused by...»; « [...] wholly or substantially caused by a person's underlying condition »; « [not achieving] a desired result »: il paziente deve provare il nesso causale (“*causation*”).

Assieme alle “*ordinary consequences*” di cui alla s. 32(1)(c), il nesso di causalità¹⁰⁴⁴ rappresenta una delle poche « bright lines »¹⁰⁴⁵ che consentono all'interprete di distinguere con sicurezza le fattispecie di danno oggetto di copertura da quelle viceversa sprovviste.

L'indagine causale, tuttavia, non è solo limitata alla disposizione in commento, trovando concretizzazione, come si vedrà, anche nell'ambito della s. 32(2)(a), la quale esclude l'indennizzo nei casi in cui la lesione all'integrità psico-fisica risulti interamente o sostanzialmente causata da condizioni cliniche pregresse della vittima, preesistenti, cioè, al trattamento (“*underlying health condition*”)¹⁰⁴⁶.

Ancora, una (terza) questione di causalità si pone in relazione al disposto della s. 32(3): essa prevede che il mancato raggiungimento di un certo risultato sperato non costituisce, di per sé, “*treatment injury*”¹⁰⁴⁷.

Pertanto, stando alla lettera dell'art. 32(1)(b), il paziente è chiamato a dimostrare la riconducibilità eziologica del danno (all'integrità psico-fisica) al trattamento sanitario cui è stato sottoposto: si tratta di questione centrale ai fini dell'ottenimento della copertura offerta

¹⁰⁴³ Hislop v Accident Compensation Corporation, cit., par. 40.

¹⁰⁴⁴ Cfr. s. 32(1)(b), con corsivi nostri: « (1) Treatment injury means personal injury that is— [...] (b) *caused by treatment* [...] ».

¹⁰⁴⁵ Le parole sono di J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1036.

¹⁰⁴⁶ La norma della S. 32(2)(a) evoca uno dei casi di esclusione della disciplina del danno da “*treatment injury*”. A quella sopra descritta si aggiunge, infatti, il caso in cui la lesione psico-fisica sia unicamente attribuibile ad una decisione di allocazione delle risorse (lett. b) e il caso in cui questa derivi dal ritardo o diniego ingiustificato del consenso al trattamento terapeutico (lett. c). Quest'ultimo integra un caso di “*contributory fault*”. Sul punto, cfr., rispettivamente, J. MANNING, *op. cit.*, 1048 s. e 1050 s.

¹⁰⁴⁷ La disposizione vuole significare che l'obbligazione terapeutica, pur essendo tesa alla cura del paziente, non garantisce tale risultato. La mancata guarigione o il mancato miglioramento delle condizioni di salute, pertanto, non può di per sé costituire un “*treatment injury*”, a meno che tale peggioramento o una nuova malattia siano causalmente ricollegabili all'intervento terapeutico. Cfr. sul punto J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1036.

dallo Schema, specie in quanto connotato dall'irrelevanza – almeno in astratto – di una negligenza in capo all' esercente (*no-fault*)¹⁰⁴⁸.

Preme anzitutto ricordare che, secondo le regole ordinarie di *common law* in materia di causalità, per ottenere il risarcimento del danno, l'attore-danneggiato deve provare che l'atto negligente (nel caso che ci occupa, ad esempio, il trattamento) sia una condizione necessaria del danno. Si tratta del c.d. “*but for test*”: occorre, cioè, fornire la dimostrazione che, in assenza del comportamento negligente tenuto dal convenuto, il danno non si sarebbe verificato « on the all-or-nothing basis of the balance of probabilities »¹⁰⁴⁹.

Anzitutto, a rendere particolarmente complessa la dimostrazione del nesso di causalità nei giudizi di responsabilità sanitaria concorre almeno un triplice ordine di cause: anzitutto, appare difficile comprendere quando il peggioramento delle condizioni del paziente sia dovuto alla negligenza dell'operatore sanitario piuttosto che allo sviluppo di condizioni pregresse sofferte dal paziente; in seconda battuta, il diritto è costantemente soggetto alle limitate conoscenze della scienza medica; infine, la prova del rapporto causale potrebbe rivelarsi assai ardua in presenza di concause che abbiano materialmente contribuito alla produzione di un certo evento di danno¹⁰⁵⁰.

Proprio al fine di mitigare gli effetti di un'interpretazione rigorosa della prova della causalità, le corti di *common law* hanno – talvolta – adottato un approccio di favore, maggiormente flessibile, formulando così diverse soluzioni alternative al “*but for test*”: tra le molte varianti ermeneutiche, può ricordarsi la dottrina dell'aumento del rischio, della perdita di *chance* o, ancora, la diversa allocazione degli oneri probatori¹⁰⁵¹.

Occorre allora verificare se un tale approccio maggiormente, per così dire, lassista connoti o meno le decisioni rese in ordine alla tutela offerta dall'*ACA 2001*.

Anzitutto, è pacifico che, anche nell'ambito in cui si discorre, la prova dell'elemento causale deve essere offerta sulla base del parametro della “*balance of probabilities*” ed è pretesa in

¹⁰⁴⁸ In questo senso, si legga *Wakenshow v Accident Compensation Corporation* (High Court of Auckland), 2003, in *NZAR*, 2003, 593: « It is trite law that there must be a nexus between a personal injury by accident and a claimant's condition or situation before there is an entitlement to cover. That elementary requirement is central to the scheme of the Act and, importantly, is the underlying policy of the Act ».

¹⁰⁴⁹ J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1038.

¹⁰⁵⁰ J. MANNING, *op. cit.*, 1037 s.

¹⁰⁵¹ Per un'analisi dettagliata, J. MANNING, *Factual causation in medical negligence*, in *Journal of Law and Medicine*, 2007, 15, 337 (in part. 341 ss.).

qualunque stato e grado in cui è richiesta una decisione sulla copertura (in altri termini: non solo al momento della richiesta, ma anche in quello della revisione, dell'appello, e così via)¹⁰⁵². A farsi portavoce di un approccio rigoroso della questione causale è, anzitutto, la Court of Appeal nel caso *Atkinson*¹⁰⁵³, ove non si era riuscito a dimostrare – se non nello stadio della mera potenzialità astratta – che l'errore medico avesse effettivamente contribuito alla lesione cerebrale subita da un bambino. Pertanto, posto che la previsione di un indennizzo si fonda sul risultato dannoso e non sul rischio di tale danno e che un'impostazione più morbida – consistente in un'inversione dell'onere probatorio o nell'adozione della teoria dell'aumento del rischio – non sarebbe stata coerente con il tenore della norma e la finalità dello Schema, i giudici concludevano per il rigetto dell'appello¹⁰⁵⁴.

Nel caso *Ambros*¹⁰⁵⁵, deciso qualche anno più tardi, la Court of Appeal confermava l'approccio adottato in precedenza dalla medesima corte, nuovamente confutando l'allentamento dei requisiti di causalità. Eppure, come si è sottolineato in letteratura¹⁰⁵⁶, la decisione merita comunque di essere ricordata: oltre a ricostruire con chiarezza lo statuto della causalità¹⁰⁵⁷, il giudice sembrava ammettere come la severità dei criteri di dimostrazione in materia causale fossero forieri di ingiustizia in talune fattispecie connotate da significativa incertezza; peraltro,

¹⁰⁵² J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1036 s.

¹⁰⁵³ Ci si riferisce a *Atkinson v Accident Rehabilitation Compensation and Insurance Corporation* (Court of Appeal), 2001, in *NZLR*, 2002, 374.

¹⁰⁵⁴ *Atkinson v Accident Rehabilitation Compensation and Insurance Corporation*, cit., par. 19-26. Per un commento, cfr. S. TODD, *Treatment Injury in New Zealand*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 297-301; D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 127 ss. e J. MANNING, *Factual causation in medical negligence*, cit., 350 ss., la quale correttamente lamenta un'ingiustificata disparità di trattamento: « [...] as a result [...], plaintiffs would sometimes be in a more favourable position to establish causation in medical negligence at common law, at least in some jurisdictions, than are claimants under New Zealand's compensation scheme. This is indeed ironic, since it was a fundamental purpose of the compensation scheme to avoid the common law's "forensic lottery" and difficulties of proof ».

¹⁰⁵⁵ *Accident Compensation Corporation v Ambros* (Court of Appeal), 2007, in *NZCA*, 2007, 304. In particolare, al par. 80, rilevava che « While, for reasons explained above at para [64], we consider that a liberal view should be taken of when a tactical burden may pass to the 5 Corporation, we do not consider that the scheme of the legislation would allow a presumption of causation to arise in circumstances where the evidence would not (without the presumption) reach the required standard for proving causation. There is also nothing in the common law developments since *Atkinson* which would support the introduction of a presumption in cases of 10 failures of treatment. Indeed, as has been seen at para [23] and following, the approach has been to relax causation requirements rather than to create presumptions. Even the relaxation of causation requirements has been only in very limited circumstances ».

¹⁰⁵⁶ J. MANNING, *op. cit.*, 1046.

¹⁰⁵⁷ *Accident Compensation Corporation v Ambros* (Court of Appeal), cit., par. 24, sottolineava la distinzione tra "*causation in fact*" e "*causation in law*", rilevando come, in un sistema *no-fault* vi sarebbe un terzo livello di causalità – "*remoteness*" tra causa e danno – ancora più importante del precedente, ove si tratta di assegnare una specifica responsabilità.

tra i vari criteri adottati, prediligeva quello canadese (c.d. “*tactical burden passing*” – un’inversione dell’onere sulla controparte)¹⁰⁵⁸, combinato con un’inferenza della causalità sulla scorta di una relazione eziologica (anche solo connotata) in termini di possibilità tra atto medico e lesione¹⁰⁵⁹.

Come anticipato, la s. 32(2)(a) dispone, inoltre, che « Treatment injury does not include the following kinds of personal injury: (a) personal injury that is wholly or substantially caused by a person’s underlying condition [...] »: tale norma racchiude un ulteriore polo di causalità in ambito medico¹⁰⁶⁰. Il criterio appena citato impone, quindi, di comprendere se il permanere (o l’aggravarsi) della lesione dipenda o meno dall’intervento del medico o, piuttosto, da una pregressa condizione clinica: in questo senso, la norma appare del tutto coerente con la finalità dell’*ACA* di prevedere una copertura ai soli casi di “*accident*”, viceversa escludendo ipotesi di “*illness*”.

In ogni caso, sembra, però, che un simile accertamento – da condurre sulla scorta del criterio probabilistico – imponga di comprendere se un diverso trattamento (ovvero un trattamento, in caso di omissione) avrebbe migliorato le condizioni del paziente o ne avrebbe arrestato il peggioramento, facendo così emergere un ulteriore segnale della non irrilevanza dell’elemento soggettivo¹⁰⁶¹.

Nel prevedere un duplice criterio di esclusione (« wholly or substantially »), il legislatore sembra voler adottare un approccio sfumato verso il fenomeno causale, essendo, quindi, confutata la riducibilità della causalità ad un binomio, per il quale la lesione debba essere esclusiva conseguenza o del trattamento o delle pregresse condizioni cliniche: a tal riguardo, si discorre di concorso causale (“*contributory causality*”)¹⁰⁶².

Pertanto, la copertura verrà riconosciuta nei casi in cui la patologia (o il suo aggravamento) derivi dalla combinazione di una precedente malattia e di un intervento, purchè, come ravvisato, la prima non ne costituisca causa esclusiva o sostanziale¹⁰⁶³.

Proprio a tale ultimo riguardo, tra i due criteri di esclusione dell’indennizzo (« wholly or substantially »), è il secondo a porre questioni interpretative: a fare chiarezza tra una pluralità

¹⁰⁵⁸ Accident Compensation Corporation v Ambros (Court of Appeal), cit., par. 56 e 63.

¹⁰⁵⁹ Convergente, sul punto, è la più recente sentenza Thompson v Accident Compensation Corporation (High Court of Wellington), 2015, in *NZHC*, 2015, 1640.

¹⁰⁶⁰ Per una prima analisi, K. OLIPHANT, *Beyond misadventure: compensation for medical injuries in New Zealand*, cit., 383 ss.

¹⁰⁶¹ Così si esprime S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 55.

¹⁰⁶² Sul punto cfr. J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, cit., 1037.

¹⁰⁶³ Di nuovo, il riferimento è alle chiare pagine di J. MANNING, *op. ult. cit.*, 1037.

di ricostruzioni giurisprudenziali è il caso Meikle¹⁰⁶⁴, ove il giudice sembra escludere l'indennizzo allorchè lo stato clinico pregresso costituisca una causa (non solo concorrente, bensì) dominante nella produzione dell'evento avverso¹⁰⁶⁵.

9. Il perimetro esterno all'ACA

9.1. "Illness" vs. "accident"

Come si anticipava, pur domandandosi « how incapacity arising from sickness and disease can be left aside. In logic there is no answer »¹⁰⁶⁶, la Commissione Woodhouse sceglieva di limitare la copertura offerta dallo Schema alle sole ipotesi di "accident compensation", assegnando alle (meno generose) elargizioni di sicurezza sociale i pregiudizi derivanti da una malattia ("sickness", "illness" e "disease").

Eppure, le conseguenze invalidanti cui darebbero luogo una malattia o un incidente, argomentava la *Law Commission* del 1988¹⁰⁶⁷, dovevano ritenersi del tutto analoghe: i soggetti avrebbero comunque subito un pregiudizio alla propria integrità psico-fisica, a prescindere dalla causa che lo avrebbe realizzato, così come la collettività, che dell'attività di quel soggetto risulta privata; l'esclusione, pertanto, doveva giudicarsi anomala e iniqua.

Se, per un verso, tenuto conto della logica di solidarietà sociale che ispira l'intero *Report*, non sarebbe possibile ravvisare ragioni tali da limitare la compensazione ai soli casi di *accidental injury*, per un altro, un simile esito, pur soddisfacente delle logiche di "comprehensive entitlement", sarebbe possibile solo compromettendo il diverso principio di "real compensation", parimenti fondante l'ACA, in quanto imporrebbe un ulteriore sacrificio economico (i casi di malattia, infatti, costituiscono una causa invero più frequente di

¹⁰⁶⁴ Meikle v Accident Compensation Corporation (High Court of Wellington), CIV-2011-485-000009, 17 August 2011.

¹⁰⁶⁵ Meikle v Accident Compensation Corporation (High Court of Wellington), cit., par. 42, « Except where the Act requires a judgment about the dominant cause of a condition, the cases all apply the same minimum requirement of material causation whether the language is "resulting from", "because of", "consequence of", "caused by" or "outcome" [...] ».

¹⁰⁶⁶ ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 26.

¹⁰⁶⁷ LAW COMMISSION, *Personal Injury: Prevention and Recovery: Report on the Accident Compensation Scheme*, cit., 7 ss., la quale anticipava, infatti, che « the differences between the benefits available to those who are incapacitated by injury and those incapacitated by illness are seen by many as anomalous and unfair: the needs of the person who becomes blind from diabetes are no less than those of a person blinded in a road accident. The responsibility of the community to take up some of the costs is the same in the one case as the other ». Sul punto, come ricorda la stessa Commissione, concorda anche la *Royal Commission on Social Policy*: « those with similar needs should be treated without regard to any differing, fortuitous causes of those needs ».

pregiudizio) e, per l'effetto, la probabile riduzione delle somme destinate all'indennizzo per le vittime di *accident*¹⁰⁶⁸.

Nell'argomento della insostenibilità finanziaria di tale soluzione risiede la principale ragione dell'attuale esclusione, dalla copertura, dei pregiudizi da malattia; si ritiene, poi, che un'estensione sarebbe poco coerente rispetto alla struttura assicurativa dello schema¹⁰⁶⁹, che mal s'addirebbe a casi di malattia, ad esempio, congenita; la natura d'assicurazione dello schema, dunque, cedrebbe inevitabilmente il passo ad un sistema, unico, di sicurezza sociale¹⁰⁷⁰.

La linea di confine, dunque, viene tuttora tracciata in prossimità dell'origine (umana ovvero naturale) della causa pregiudizievole: pertanto, nonostante il (parziale) dissenso espresso in letteratura e i vari tentativi di riforma¹⁰⁷¹, la compensazione del danno derivante da *illness*, pur tornando spesso al centro dell'attenzione¹⁰⁷², è tuttora esclusa dall'ambito di operatività dell'*ACA*.

9.2. L'esclusione della *common law action*

¹⁰⁶⁸ Una ricostruzione è offerta da K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, cit., 917, il quale restituisce un quadro piuttosto dettagliato delle diverse proposte e misure avanzate nel tempo in favore di un'estensione della copertura ai casi di *sickness* e *disease*. Sul punto, si legga anche R. GASKIN, *The Enigma of Community Responsibility: Ethical Reflections on Accident Compensation*, cit., 799 ss.; G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1994, 44, 3, 223 ss.; G. DUNCAN, *Boundary Disputes in the ACC Scheme and the No-Fault Principle*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 27 ss. Critico, infine, il punto di vista di M. HOOK, *New Zealand's Accident Compensation Scheme and Man-made Disease*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, 39(2), 289 ss.

¹⁰⁶⁹ S. CONNELL, *Community insurance versus compulsory insurance: competing paradigms of no-fault accident compensation in New Zealand*, cit., 508 ss.

¹⁰⁷⁰ S. TODD, *Treatment Injury in New Zealand*, in (edited by) K. OLIPHANT e R.W. WRIGHT, *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 319 ss.

¹⁰⁷¹ Sul punto, cfr. D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, cit., 359 s.

¹⁰⁷² Il riferimento a S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 24: « [...] the second step has never been taken. So New Zealand developed two different systems for compensating incapacity, depending on the cause of the incapacity in question, with markedly less generous benefits being available under the social security system than those which apply in the case of accident compensation. The distinction has returned periodically to haunt the operation of the accident scheme and remains in full force today ».

I limiti della copertura sono stati di recente oggetto di attenzione, con riguardo al “*gradual process disease*”, nel caso *Calver v Accident Compensation Corporation* (High Court of Wellington), 2019, in *NZHC*, 2019, 1581.

Infine, a delimitare, verso l'esterno, l'ambito di applicazione dello Schema è il divieto, per il paziente (così come per ogni vittima di un *accident*) di agire in giudizio¹⁰⁷³, individuato quale contropartita del beneficio indennitario dell'*ACA*¹⁰⁷⁴.

La questione non è di poco conto giacchè, come ricorda Palmer, « The logic of the reform [...] utterly depended upon the case against the common law winning. If the system survived to any extent, a comprehensive compensation scheme would be unattainable »¹⁰⁷⁵.

Pertanto, a partire dal 1974, in base alla s. 317(1) dell'*ACA*, non è possibile, in Nuova Zelanda, per il danneggiato, esperire l'azione ordinaria di responsabilità per le conseguenze dannose risultanti (direttamente o indirettamente) da « (a) personal injury covered by this Act; or (b) injury by the former Acts »¹⁰⁷⁶, a prescindere dal titolo con cui vengono fatte valere (responsabilità extracontrattuale, contratto, “*equity*” o “*statute*”¹⁰⁷⁷). La subsezione 7 specifica, inoltre, che tale azione non potrà essere comunque intentata, *ex multis*, in caso di mancato riconoscimento dell'indennizzo ai sensi dell'*ACA*.

Al contrario, l'esclusione non opera nelle fattispecie indicate dalla subsezione 2 (che, tra le altre, elenca il danno alle cose; l'inadempimento contrattuale, etc.). La condanna al risarcimento potrà essere, altresì, richiesta per *exemplary damages*, poiché, essendo volti alla mera punizione del responsabile, tali strumenti non condividono la funzione compensativa fatta propria dall'*ACA*.

Pur in assenza del rimedio di *common law action*, preme ricordare come, accanto allo schema di *compensation*, l'ordinamento neozelandese abbia predisposto, in via parallela, ulteriori rimedi – per così dire – giustiziali – in particolare, il c.d. “*Health and Disability Commissioner*”,

¹⁰⁷³ Viste le sue caratteristiche, in conclusione, tale sistema appartiene alla categoria dei modelli *pure no-fault*, nei quali si compie, nella forma più radicale, il passaggio dalla responsabilità civile ad una forma uniforme e standardizzata di riparazione. Cfr. V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance*, cit., 168 ss. (in part. 170 ss.).

¹⁰⁷⁴ Tale aspetto è chiarito anche da *Wilding v Attorney General (Court of Appeal)*, 2003, in *NZLR*, 2003, 3, 787 ss.: « The philosophy of the personal injury compensation legislation [...] is to substitute an entitlement to claim compensation, capped as to amount, on a no-fault basis for the right to bring a Court proceeding for damages for the injury or to seek in other ways damages or compensation. A proceeding for damages is therefore barred where the damages arise directly or indirectly out of personal injury covered by the scheme. Parliament has provided the remedy of compensation in terms of the accident compensation legislation, which must be taken to be an effective remedy, in the place of the right to claim damages ».

¹⁰⁷⁵ G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years on*, cit., 238 ss.

¹⁰⁷⁶ Con riferimento ai casi di *mental injury*, cfr. l'interpretazione resa da *Queenstown Lakes District Council v Palmer (Court of Appeal)*, 1998, in *NZLR*, 1, 1999, 549.

¹⁰⁷⁷ S. TODD, *Todd on Torts*, cit., 34.

basato sul “*Code of Patients’ Rights*”¹⁰⁷⁸ – i quali, così combinati ed articolati, possano meglio rispondere a quattro delle ragioni che spingono il paziente ad esperire un’azione legale: « restoration », quindi, la riparazione del danno; « communication », che si traduce nella volontà del paziente di meglio comprendere l’accaduto, attraverso una spiegazione e il riconoscimento informale di una responsabilità; « correction », misure che evitino il reiterarsi di simile condotte per il futuro (si consideri, infatti, che l’effetto deterrente è, in tale ordinamento, assai limitato, atteso che l’ACC non ha alcun *subrogation right* nei confronti del terzo responsabile); infine « sanction », ossia una forma di punizione, anche in forma disciplinare¹⁰⁷⁹.

Infine, occorre osservare come il sistema compensativo finora trattato sia stato oggetto di (condivisibile) censura per (talune del)le sue condizioni di “*access to justice*”: il riferimento va, anzitutto, al nesso di causalità, la cui dimostrazione, peraltro tripartita, non rende agevole, in giudizio, la dimostrazione del diritto all’indennizzo; a tale difficoltà si somma l’inevitabile permanenza, pur ridimensionata, di standard di diligenza¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ Per una ricostruzione, si legga J. MANNING, *Access to justice for New Zealand health consumers*, in *JLM*, 2010, 18, 178 ss.; J. WALL, *In What Sense ‘Rights’? Principles of Justice and the Code of Patient’s Rights*, in AA.VV., *Law, Ethics and Medicine. Essays in Honour of Peter Skegg*, Wellington, 2016, 293 ss.

¹⁰⁷⁹ M. BISMARCK – E.A. DAUER, *Motivations for Medico-Legal Action*, in *The Journal of Legal Medicine*, 2006, 27:1, 55.

¹⁰⁸⁰ Sul punto, cfr. la ricostruzione di A. BECK, *Litigation section*, in *New Zealand Law Journal*, 2022, 157 ss. e, più approfonditamente, K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 299 ss. (la quale segnala, tra gli altri aspetti, l’ardua dimostrazione del nesso causale) e T. MIJATOV – T. BARRACLOUGH – W. FORSTER, *The Idea of Access to Justice: Reflections on New Zealand’s Accident Compensation (or Personal Injury) System*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 33, 2, 2016, 197 ss.

**PARTE III – IL SISTEMA FRANCESE DI INDEMNISATION DES ACCIDENTS MÉDICAUX: UN
PARZIALE RICORSO AL METODO NO-FAULT (CENNI)**

10. Il fonds d'indemnisation introdotto dalla Loi Kouchner (4 marzo 2002)

L'approvazione della legge c.d. Kouchner¹⁰⁸¹ – dal nome del Ministro della salute promotore (Bernard Kouchner) – si colloca a valle di un processo di revisione, originatosi già a partire dagli anni '60 del secolo scorso¹⁰⁸², delle risposte istituzionali, da tempo giudicate insoddisfacenti, ai pregiudizi occasionati nell'esercizio dell'attività sanitaria¹⁰⁸³.

A questa legge si deve, infatti, l'inaugurazione di un inedito fondo indennitario¹⁰⁸⁴ per i pregiudizi di tipo iatrogeno, purchè non derivanti da condotte negligenti (*aléa médical*), quale sistema parallelo al tradizionale meccanismo aquiliano, che pure viene mantenuto.

Più precisamente, per rispondere ai descritti obiettivi di tutela, la legge del 2002 ha introdotto l'ONIAM (*Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*)¹⁰⁸⁵, ente chiamato ad operare in un'ampia¹⁰⁸⁶ serie di casi: oltre

¹⁰⁸¹ Si tratta, per esteso, della « Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ».

¹⁰⁸² J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 44 s., ove si legge che, tra le proposte emerse in dottrina, si annoverava quella avanzata dal giurista André Tunc, il quale auspicava la creazione di un fondo su base assicurativa. A ciò si aggiungono i Report di diverse istituzioni.

Per un'analisi dei lavori preparatori e del regime antecedente alla riforma, cfr. D. THOUVENIN, *French Medical Malpractice Compensation Since the Act of March 4, 2002: Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings*, in *Drexel Law Review*, 2011, 4, 165 ss.

¹⁰⁸³ Come rileva J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2002*, in (edited by D. BACH-GOLECKA) *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 180, la legge rappresenterebbe una delle risposte alle (sopra evidenziate) carenze della responsabilità civile in ambito medico. In realtà, come sottolineano S. TAYLOR – D. FAIRGRIEVE – V. WESTER-OUISSE, *Medical Accidents and Pharmaceutical Product Liability in France*, in (edited by) M. DYSON, *Regulating Risk Through Private Law*, cit., 304 ss., il ruolo di vero catalizzatore della riforma deve essere attribuito alla giurisprudenza dei tribunali amministrativi che, già a partire dal 1993 (*arrêt Bianchi*), ha consacrato, in favore dei danneggiati, un principio di responsabilità senza colpa in capo alle strutture sanitarie pubbliche (“*aléa thérapeutique*”).

¹⁰⁸⁴ Per J. KNETSCH, *Compensation Funds in France and Germany*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 45 ss., la recente comparsa (nell'ultimo ventennio, in particolare) di fondi indennitari avrebbe ulteriormente accentuato il processo, già avviato, di crisi della responsabilità individuale (cfr. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit.).

¹⁰⁸⁵ Con l'entrata in vigore della *Loi Kouchner*, schemi compensativi già esistenti (come il fondo per le vittime di contatto infetto) sono stati trasferiti tra le competenze dell'ONIAM. Cfr. G. HELLERINGER, *Medical Malpractice and Compensation in France*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 163.

¹⁰⁸⁶ Come sottolinea J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 49, infatti, l'ONIAM arriva complessivamente a trattare, ogni anno, più di 6000 richieste di risarcimento.

ad un ambito di intervento principale (relativo agli incidenti medici e alle infezioni nosocomiali), infatti, si annoverano almeno otto competenze accessorie (tra queste, in via (solo) esemplificativa, il risarcimento dei danni da somministrazione di vaccino; in secondo luogo, i danni cagionati nell'ambito della sperimentazione clinica; ancora, i danni derivanti dal contatto con sangue infetto, nonché quelli conseguenti alla somministrazione di vaccinazioni obbligatorie)¹⁰⁸⁷.

Le competenze dell'Ufficio sono descritte all'art. 1142-22 del *Code de la santé publique* (di seguito, anche solo "c.s.p."), così riformato dalla richiamata legge.

Pertanto, riprendendo le categorie formulate nella Parte I del presente Capitolo III, tale *fonds d'indemnisation* non è volto a sostituire *tout court* il rimedio di responsabilità civile, che viene solo integrato dal primo; quanto alla modalità di integrazione, la dottrina correttamente nota come il fondo si avvarrebbe di diverse modalità di intervento, tra loro combinate¹⁰⁸⁸: esso opererebbe, eccezionalmente, in via principale – a prescindere, quindi, dall'individuazione di una responsabilità (civile) a monte, quale condizione di sussidiarietà – con riguardo ai danni derivanti da infezioni nosocomiali, dalla somministrazione di un vaccino obbligatorio, da emotrasfusione di sangue infetto e, ancora, dall'assunzione dell'ormone della crescita (GH estrattivo); l'intervento dell'ONIAM, invece, proprio in quanto fondato (come si vedrà *infra*) su di un principio di "solidarietà nazionale", quindi dalla volontà di garantire una certa copertura, sarebbe sussidiario al ricorrere di ogni altra fattispecie di pregiudizio derivante da attività sanitaria¹⁰⁸⁹.

La stessa difficoltà ad un'univoca ricostruzione classificatoria del fondo ONIAM si riscontra in ordine alla distinzione fondata sul tipo di evento oggetto di copertura (cfr., *supra*, parte II): se in riferimento alle vicende del sangue infetto, sembra potersi discorrere di fondo di tipo retrospettivo, quindi temporaneo, perché volto a compensare fatti del passato di elevata magnitudo destinati ad esaurire nel tempo i propri riverberi dannosi¹⁰⁹⁰, con riguardo ad ordinari

¹⁰⁸⁷ Lo ricorda J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 43 ss., cui si rinvia per l'esauritiva elencazione delle competenze del Fondo.

¹⁰⁸⁸ Ci si riferisce, nuovamente, a J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 54 ss., il quale discorre, a tal riguardo, di « fonds d'indemnisation d'intervention plurielle ».

¹⁰⁸⁹ Cfr. J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 54 ss. A seconda delle diverse fattispecie, peraltro, si ammettono ulteriori sottocategorie che permettono di descrivere le modalità di intervento del fondo. Nel caso in cui, ad esempio, il responsabile non fosse assicurato (o l'assicuratore rifiutasse di proporre un'offerta di indennizzo), l'ONIAM agirà esattamente come un fondo di garanzia.

¹⁰⁹⁰ Dunque, « À mesure que les victimes de l'événement dommageable obtiennent une indemnisation, la raison d'être du fonds disparaît progressivement ce qui pose la question de l'avenir du dispositif dont la gestion peut mobiliser des moyens financiers considérables qui ne paraissent plus justifiés au regard d'une activité

accidents médicaux, al contrario, sembra potersi discorrere di fondi prospettici, trattandosi di fatti, anche futuri, forieri di isolate occasioni di danno¹⁰⁹¹.

In definitiva, l'intervento dell'ONIAM è sottoposto a una serie di condizioni (tra loro cumulative): una negativa; altre, invece, di carattere positivo¹⁰⁹². Pur sussistendo casi di intervento sostitutivo, in via generale, come visto, l'accesso all'indennizzo dell'*Office* è infatti subordinato all'assenza di una responsabilità in capo all'esercente. Tra le condizioni di carattere positivo, invece, è possibile annoverare la riconducibilità (eziologica) del danno a una condotta sanitaria, il carattere eccezionale di tale danno e la sua gravità.

11. L'ONIAM e la procedura d'indennizzo

L'*Office* non viene direttamente evocato in giudizio dai danneggiati: chiamate a decidere sulle richieste risarcitorie sono, infatti, le *Commissions de Conciliation et d'Indemnisation* (CCI), istituite su base regionale, indipendenti dall'ONIAM e deputate a « faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales [...] » (art. L 1142-5 c.s.p.). Tali commissioni, di natura amministrativa, sono presiedute da un giudice e composte da rappresentanti dei pazienti, dei professionisti sanitari, delle strutture, dell'*Office* e delle imprese d'assicurazione (art. L 1142-6 c.s.p.), sì da garantire un sufficiente grado di professionalità e imparzialità.

Le CRCI sono chiamate a svolgere un duplice ruolo: oltre all'accertamento del danno e delle sue cause, esse rivestono altresì una funzione di conciliazione, proprio al fine di stimolare il raggiungimento di una composizione amichevole della controversia.

Entro il termine di sei mesi (art. L 1142-8) dalla presentazione della richiesta risarcitoria, la Commissione, dopo aver proceduto ad un'indagine, emette un parere, potendo decidere, per un verso, di rigettare tale richiesta in quanto non direttamente imputabile ad un atto sanitario ovvero in quanto il danno cagionato non soddisfa il requisito di serietà (“*gravité*”) e di eccezionalità richiesto dall'*alinéa* II dell'art. L. 1142-1¹⁰⁹³.

d'indemnisation de plus en plus faible ». Cfr. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 94 ss.

¹⁰⁹¹ Di nuovo, la ricostruzione è di J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 122 ss.

¹⁰⁹² In questi termini, cfr. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, in *Traité de droit civil*, Paris, 2021, 1112 ss.

¹⁰⁹³ Cfr. J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 182 s.

Diversamente, il parere con esito favorevole all'accoglimento della richiesta viene inviato all'assicuratore del professionista o della struttura (se la Commissione ritiene che il danno sia il risultato di una *malpractice*), o all'ONIAM (se, viceversa, sono ritenuti insussistenti profili di colpa), tenuti, così, al pagamento dell'indennizzo¹⁰⁹⁴: questi soggetti sono chiamati a formulare (entro i successivi quattro mesi) un'offerta di indennizzo « visant à la réparation intégrale des préjudices subis » (art. L 1142-17) che, se accettata, equivale ad una transazione ai sensi dell'art. 2044 del *code civil*; in caso di rifiuto (cioè, in assenza di un accordo), invece, il paziente può ricorrere contro l'*Office* sì da chiedere una revisione dell'offerta (e, in caso di proposta « manifestamente insufficiente », ai sensi dell'art. L 1142-14, il giudice condanna l'assicurazione a versare all'ONIAM una somma - « pénalité » - pari a fino al 15% dell'indennizzo, in questo modo stimolando una certa collaborazione tra attori istituzionali)¹⁰⁹⁵. Inoltre, se l'impresa d'assicurazione si rifiuta di formulare un'offerta al danneggiato, l'*Office* si sostituisce a questa, per poi esercitare un'azione recuperatoria (art. L 1142-15). Una volta indennizzata la vittima, se l'*Office* ritiene che il danno sia imputabile ad un professionista (o comunque ad un attore del settore sanitario) esso dispone di una « action subrogatoire » (art. L 1142-17, *alinéa* 7) nei confronti di questi¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ In questo secondo caso, dunque, il fondo indennitario è finanziato (non tanto dai premi versati dagli esercenti e dalle strutture in forza di un contratto di assicurazione per la responsabilità professionale medica, bensì) in base al budget stabilito ai sensi dell'art. L 1142-23, composto, in via principale, da somme stanziare dal ramo sanitario del sistema di sicurezza sociale, da un introito annuo in caso di danno da vaccinazioni obbligatorie e dalle somme ottenute mediante le azioni di regresso. Cfr. J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 183.

¹⁰⁹⁵ In definitiva, dunque, a partire dalla *Loi Kouchner* si sarebbe dato vita ad un sistema dualistico – cfr. R. CASCÃO – R. HENDRICKX, *Shifts in the Compensation of Medical Adverse Events*, in W. VAN BOOM - M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 128 ss. – di risposte ai pregiudizi di natura iatrogena: alla responsabilità per colpa si accosta, parallelamente, un *régime d'indemnisation*, riservato ai casi più gravi.

¹⁰⁹⁶ Sono, invece, esclusi i casi di cui all'art. L 1142-1-1, con le eccezioni elencate dall'art. L 1142-17, *alinéa* 7.

Il danneggiato conserva, comunque, il diritto di agire in giudizio¹⁰⁹⁷, non essendo vincolato né (a monte) ad iniziare una procedura conciliativa presso una Commissione regionale né, a valle della stessa, ad accettare l'offerta risarcitoria da questa formulata¹⁰⁹⁸.

11.1. I criteri di accesso e il perimetro del fondo indennitario

Attraverso la creazione del fondo indennitario gestito dall'ONIAM, la *Loi Kouchner*, in definitiva, mirava a realizzare un bilanciamento tra due esigenze: da un lato, quella di consentire ai danneggiati un più agevole accesso alla riparazione del pregiudizio; dall'altro, la necessità di evitare che la classe medica (e le imprese di assicurazione) non si esponesse ad un'eccessiva esposizione risarcitoria¹⁰⁹⁹.

Un ulteriore esercizio di bilanciamento veniva altresì compiuto con riguardo all'ambito d'intervento dello schema indennitario: anche al fine di garantire la stabilità finanziaria di questo, l'accesso alla compensazione veniva, infatti, limitato ai casi di danni riconducibili ad un atto medico (di prevenzione, diagnosi o intervento)¹¹⁰⁰, condizione a ben vedere espressiva di un'esigenza di causalità; tali atti devono caratterizzarsi, come visto, per l'assenza di una responsabilità (quindi, di un responsabile individuato) trattandosi di rischio sanitario sconosciuto e imprevedibile, dunque incontrollabile (*accident médical non fautif* o, se si preferisce, *aléa thérapeutique*); ancora, le conseguenze pregiudizievoli dei predetti atti devono rivestire carattere di gravità e di eccezionalità (*anormales*)¹¹⁰¹, tenuto conto dello stato di salute precedente all'intervento terapeutico e della prevedibile evoluzione (cfr. art. L 1142-1, II).

Un limite del fondo indennitario è, quindi, offerto dal criterio della gravità. Lo schema richiede, infatti, il soddisfacimento di una soglia minima, espressa in termini percentuali di invalidità temporanea o permanente, fissata al 24%. Tale criterio è stato oggetto di censura perché, da un lato, escluderebbe circa il 97% degli episodi di pregiudizio in ambito sanitario e, dall'altro,

¹⁰⁹⁷ Per un'analisi più dettagliata della procedura, si rinvia a S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 56 ss.; a G. HELLERINGER, *Medical Malpractice and Compensation in France*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 173 ss.; a J. BARBOT - I. PARIZOT - M. WINANCE, "No-fault" compensation for victims of medical injuries. Ten years of implementing the French model, in *Health Policy*, 2014, 114, 236 ss. e a M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, cit., 1128 ss.

¹⁰⁹⁸ F. G'SELL-MACREZ, *Medical Malpractice and Compensation in France. Part I*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 159 ss.

¹⁰⁹⁹ S. TAYLOR - D. FAIRGRIEVE - V. WESTER-OUISSÉ, *Medical Accidents and Pharmaceutical Product Liability in France*, in (edited by) M. DYSON, *Regulating Risk Through Private Law*, cit., 305.

¹¹⁰⁰ La nozione, assai ampia e di difficile definizione, include anche i danni derivanti da infezioni nosocomiali. S. TAYLOR, *op. cit.*, 53 s.

¹¹⁰¹ Sono, quindi, esclusi i pregiudizi che discendono unicamente dalla naturale progressione di una malattia.

comprometterebbe l'accoglimento di circa 8,7% delle richieste risarcitorie¹¹⁰². Al di là dell'usuale argomento finanziario, si è fatto notare che la riduzione di tale soglia (cui consegue l'ampliamento della platea di richieste risarcitorie) finirebbe per mal conciliarsi con le caratteristiche di personalizzazione della procedura dinanzi alle CRCI, la quale prevede il diritto, in capo al ricorrente, di richiedere un'udienza, viceversa rischiando di comprometterne i diritti di difesa¹¹⁰³.

Di tale procedura, definita "quasi amministrativa", sono altresì valorizzati il carattere informale, in quanto privo di difficoltà burocratiche, l'accessibilità, la semplicità, la speditezza e la gratuità¹¹⁰⁴; del ricorrente sono inoltre valorizzati diritti di partecipazione e di costante informazione¹¹⁰⁵. Ed è proprio il già richiamato diritto, sancito all'art. R 1142-16 (3), di richiedere di essere ascoltato dalla Commissione, a mostrare come le esigenze di efficienza ben possano conciliarsi con la necessità di garantire procedure non spersonalizzate. Trovano in questo modo soddisfazione due ulteriori esigenze: da un lato, il recupero del rapporto tra medico e paziente (stimolato dall'eventuale confronto, in via diretta, nella sede giustiziale) e, dall'altro, la canalizzazione del contenzioso sul piano amministrativo, evitando, così, un ulteriore aggravio in capo al sistema giudiziario¹¹⁰⁶.

Ulteriori aspetti problematici sono posti dallo schema d'indennizzo statale. Oltre al criterio-soglia di serietà, infatti, lo stesso ambito di applicazione tende a distinguere, rendendone quindi più complessa l'applicazione, il regime normativo a seconda della tipologia di vittima destinataria del beneficio (il riferimento è, tra gli altri, ai danneggiati da sangue infetto o dalla somministrazione di un vaccino); ancora, non risulta agevole distinguere l'*accident*, rilevante ai fini dell'accesso al fondo, dalla mera malattia, viceversa irrilevante; sembra, infine, tutt'altro

¹¹⁰² I dati sono descritti da J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 185 s.

Per ulteriori casi di gravità del danno cfr. S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 53 s.

¹¹⁰³ Cfr. G. HELLERINGER, *Medical Malpractice and Compensation in France*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 163 e J. KNETSCH, *op. cit.*, 186.

¹¹⁰⁴ S. TAYLOR, *op. cit.*, 53 s.

¹¹⁰⁵ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 184.

¹¹⁰⁶ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 184. Eppure, come ricorda l'A., la procedura dinanzi alle Commissioni regionali non sembra aver riscosso un particolare successo. Si deve considerare, anzitutto, la scarsa conoscenza in ordine alla funzione conciliativa esercitata da tale procedura; la difficoltà di contemperare tale funzione con quella *lato sensu* compensativa, di cui pure è investita la Commissione; la mancanza di personale esperto, inoltre, aggrava ulteriormente le procedure, di per sé già dispendiose in termini di tempo.

che inverosimile il rischio che le decisioni rese dalle CRCI risultino tra di loro poco coerenti: si sono rilevate, infatti, disparità di trattamento tra commissioni, specie con riguardo alle cause di rigetto delle richieste d'indennizzo¹¹⁰⁷.

11.2. Fondamento e quantificazione dell'indennizzo

Così tracciato il perimetro dello Schema compensativo, giova ricordare che l'art. L 1142-1, II sancisce il riconoscimento di un'attribuzione indennitaria « a titolo di solidarietà nazionale ». Sembra, in realtà, che tale locuzione, spesso posta a fondamento giustificativo della proliferazione di fondi indennitari nell'ordinamento d'oltralpe, costituisca espressione di una norma programmatica di *soft law* più che la traduzione di un principio dalla portata normativa immediata¹¹⁰⁸.

Come osserva attenta dottrina, infatti, il sopra ricordato inciso introdotto dalla *Loi Kouchner* non sarebbe che privo di significato giuridico, poiché, pur inserito nell'*alinéa* 12 del *préambule* della Costituzione francese, la sua effettiva portata risulta tuttora condizionata all'intervento del legislatore, divenendo piuttosto uno strumento per « renforcer la cohésion sociale à une époque où l'État providence semble en crise »¹¹⁰⁹.

Peraltro, pure lo stesso aggettivo “nazionale” è stato oggetto di critica: giustificata dal suo contesto di origine (XIX secolo), di una solidarietà della nazione francese nei confronti dei più bisognosi, l'espressione ha perso, anche sulla scorta della giurisprudenza eurounitaria, di attualità, in quanto i sistemi di sicurezza sociale travalicano, oggi, i limiti della nazionalità dei richiedenti¹¹¹⁰.

In ordine, invece, alla quantificazione del danno, occorre rilevare come, a differenza del sistema di responsabilità civile, retto dal principio dell'integrale risarcimento, un simile criterio non risulti invece temperato nell'ambito del sistema speciale dei fondi compensativi, vuoi per la presenza di limiti, per l'apposizione di soglie di gravità minime del danno, vuoi, infine, per l'esclusione di talune voci di danno¹¹¹¹. Se, talvolta, la disparità tra fondi nell'attribuzione di un indennizzo ben può spiegarsi in forza di un principio di proporzionalità con il grado di attribuzione del fatto dannoso alla collettività, altre volte, invece, a contribuire semplicemente

¹¹⁰⁷ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 98 ss.

¹¹⁰⁸ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 65 ss.

¹¹⁰⁹ J. KNETSCH, *op. cit.*, 78 ss.

¹¹¹⁰ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 90 ss.

¹¹¹¹ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 329 ss.

concorrono limiti di bilancio o mere scelte di discrezionalità politica¹¹¹². Per aver riconosciuto somme in misura tendenzialmente inferiore a quelle che, in casi analoghi, un tribunale avrebbe assegnato al danneggiato, anche il fondo indennitario per la riparazione degli *accidents médicaux*, gestito dall'ONIAM, non è sfuggito a simili censure¹¹¹³.

In effetti, a fronte del notevole aumento delle voci di danno non patrimoniale riconosciute in sede civile, l'ONIAM ha ritenuto di sviluppare, per la quantificazione di tale pregiudizio, delle linee guida ("*référentiel d'indemnisation*"), fondate sulle statistiche risarcitorie dei tribunali civili e amministrativi.

Eppure, in presenza di disparità nel trattamento dei pregiudizi da atto sanitario, i danneggiati sono portati ad avvalersi dell'ordinario rimedio di responsabilità, rivolgendosi all'Autorità per una revisione giudiziaria dell'ammontare riconosciuto dalle Commissioni regionali o, ancora, chiedendo una somma aggiuntiva a titolo di risarcimento del danno¹¹¹⁴, così svalutando la portata deflattiva della procedura delle CRCI.

12. Il regime ordinario (ma bipartito) di responsabilità civile (cenni)

Le innovazioni introdotte dalla *Loi Kouchner* non si arrestano alla sola previsione di un regime di *indemnisation* pubblica.

Prima della riforma, infatti, all'esistenza di due differenti giurisdizioni (civile, per i casi di *malpractice* verificatisi in un contesto sanitario privato; amministrativa, per le richieste risarcitorie relativi a trattamenti sanitari svoltisi in strutture ospedaliere pubbliche) chiamate a decidere in ordine all'affermazione di una responsabilità medica¹¹¹⁵, corrispondeva, altresì, un quadro giuridico differenziato sul piano sostanziale: i tratti di divergenza riguardavano, in particolare, diversi orientamenti in ordine all'applicazione di regimi di responsabilità per colpa o oggettiva e al termine di prescrizione del diritto.

Con la riforma del 2002, veniva individuato, quale regime generale, il principio di responsabilità per colpa, pur prevedendo significative eccezioni, e il termine di prescrizione

¹¹¹² J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 353 ss.

¹¹¹³ J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 189 s.

¹¹¹⁴ J. KNETSCH, *op. ult. cit.*, 189 s.

¹¹¹⁵ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 28 ss. stima come la gran parte delle azioni siano state portate all'attenzione dell'Autorità giudiziaria civile.

veniva fissato a dieci anni; ciò nondimeno, la giurisprudenza continuava ad esercitare un importante ruolo nella definizione delle regole in materia¹¹¹⁶.

In ogni caso, pur avendo proceduto ad uniformare il quadro normativo, la *Loi Kouchner* non si era spinta a superare la ripartizione stessa delle controversie tra i due plessi giurisdizionali, tuttora vigente¹¹¹⁷.

Con l'entrata in vigore della riforma, la responsabilità civile sanitaria cessa di avere sicura natura contrattuale (come invece affermato dalla giurisprudenza a partire dall'*Arrêt Mercier* del 1936), per assumere invece un regime "speciale" che trascende la distinzione tra responsabilità aquiliana e quella derivante da inadempimento di obbligazioni¹¹¹⁸.

Al suo interno è possibile individuare un duplice ordine di sottoregimi. Una prima ramificazione è costituita dalla *responsabilité pour faute* (a sua volta, *de technique e d'éthique*), che, come visto, esprime il modello normativo generalmente applicabile¹¹¹⁹. Tale regime impone la dimostrazione, da parte del paziente, di una *faute civile*, di un *lien de causalité* e, infine, del *préjudice*.

A questo principio derogano, eccezionalmente, due fattispecie di responsabilità *sans faute* (o *objective*): il danno cagionato da un prodotto difettoso ad uso sanitario e il regime delle infezioni nosocomiali¹¹²⁰.

12.1. In particolare: le infezioni nosocomiali

Secondo l'art. L 1142-1-1 c.s.p. « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». La riforma, quindi, conferma il principio di responsabilità *sans faute* che, a partire dal 1988, la giurisprudenza aveva prospettato in capo alle strutture per il verificarsi di tali infezioni¹¹²¹.

¹¹¹⁶ S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Redress in English and French Law*, cit., 29.

¹¹¹⁷ A questi si aggiunge un ulteriore plesso giurisdizionale penale per i casi di reato; per la violazione del codice di deontologia medica sono poi competenti i tribunali disciplinari. Cfr. F. G'SELL-MACREZ, *Medical Malpractice and Compensation in France. Part I*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 133.

¹¹¹⁸ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, cit., 997 ss.

¹¹¹⁹ Per un approfondimento, non può che rinviarsi alla pregevole opera di M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, 1004 ss.

¹¹²⁰ Occorre nuovamente rinviare all'analisi di M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, 1083 ss.

¹¹²¹ S. TAYLOR - D. FAIRGRIEVE - V. WESTER-OUISSE, *Medical Accidents and Pharmaceutical Product Liability in France*, in (edited by) M. DYSON, *Regulating Risk Through Private Law*, cit., 306 ss., ove riferimenti giurisprudenziali.

Peraltro, se, in un primo tempo, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* aveva affermato un regime di presunzione di colpa, in un secondo momento, nel qualificare l'obbligazione della struttura (nella materia *de qua*) alla stregua di una *obligation de résultat*¹¹²², questa era giunta a rafforzare ulteriormente la protezione riconosciuta al paziente; tale orientamento era solo parzialmente confermato dalle previsioni legislative del 2002, le quali non ammettono la prova dell'assenza di colpa, richiedendo la sola *cause étrangère* quale fattore di esonero dalla responsabilità: la dimostrazione che il danno sofferto dal paziente derivi da una causa esterna, diversa dall'infezione, risulta, tuttavia, di assai ardua verifica¹¹²³.

Di altrettanto complessa definizione appare, altresì, la nozione stessa di "infezione nosocomiale": nel silenzio della legge (motivato dal timore che una spiegazione avrebbe forse ristretto eccessivamente il perimetro di applicazione della norma), può farsi riferimento ad una *circulaire* ministeriale del 2000 che, in applicazione di una legge del 1° luglio 1988, si limita a definire l'infezione nosocomiale alla stregua di un'infezione contratta all'interno di una struttura sanitaria¹¹²⁴; similmente dispone l'art. R 6111-6 del *Décret* n° 2010-1408 del 2010¹¹²⁵. Più di recente, il Conseil d'État¹¹²⁶ descrive il fenomeno nei termini di « une infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge peut être qualifiée de nosocomiale ».

In passato, la giurisprudenza amministrativa – seguendo un orientamento più restrittivo di quello adottato dalla Corte di Cassazione – riteneva che la nozione dovesse limitarsi alle sole infezioni nosocomiali di origine esogena; a partire dal 2011, il Consiglio di Stato ha, invece, rimosso ogni preclusione, così allineandosi alla giurisprudenza civile¹¹²⁷.

In materia di infezioni nosocomiali, l'*Office* interviene, attraverso la corresponsione di un indennizzo a titolo di "solidarietà nazionale", in due ipotesi: la prima è delineata dall'art. L 1142-1 – II c.s.p., ove l'infezione nosocomiale viene equiparata al « accident médical » e alla « affection iatrogène ». Pertanto, in assenza di una responsabilità in capo al nosocomio (dimostrata, quindi, la *cause étrangère*), laddove l'infezione sia imputabile e il danno soddisfi

¹¹²² Sul punto, Y. LAMBERT-FAIVRE – S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, 2022, 1372 ss.

¹¹²³ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, cit., 1084 ss.

¹¹²⁴ Cfr. nuovamente M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, 1084 ss.

¹¹²⁵ « Les infections associées aux soins contractées dans un établissement de santé sont dites infections nosocomiales ».

¹¹²⁶ Conseil d'État, 5ème / 4ème SSR, 21 giugno 2013, n. 347450 in <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000027592828>.

¹¹²⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, 1091.

le condizioni di eccezionalità e gravità, l'ONIAM provvede – in via sussidiaria – al ristoro del danno¹¹²⁸.

La seconda ipotesi, invece, è descritta dall'art. L 1142-1-1, il quale prevede che i danni derivanti da un'infezione nosocomiale che abbia determinato una invalidità superiore al 25% sono soggetti al regime indennitario di solidarietà nazionale; ciò, a prescindere dalla previa individuazione di una responsabilità in capo alla struttura (viene meno, in altri termini, la condizione di sussidiarietà).

A completare il quadro normativo è, infine, l'art. L 1142-17-7, il quale consente all'*Office* di esercitare l'azione surrogatoria solo nei casi di colposa violazione degli obblighi posti dalla normativa in materia di lotta contro le infezioni nosocomiali.

13. Conclusioni: il sistema belga di riparazione del danno da atto sanitario

A più di vent'anni dall'approvazione della *Loi Kouchner*, la letteratura sembra confermare il carattere pregevole ed innovativo del rinnovato sistema indennitario, costituendo una valida alternativa al tradizionale rimedio risarcitorio¹¹²⁹. Proprio per garantire la tenuta di tale modello, l'auspicio, rivolto al decisore politico, è che si prenda posizione in ordine alle (sopra cennate) difficoltà appalesate dal fondo indennitario gestito dall'ONIAM: il riferimento è, in particolare, al rafforzamento della funzione conciliativa, ad una più compiuta elaborazione delle linee guida deputate al calcolo dell'indennizzo, con la possibilità di rendere le decisioni delle CRCI vincolanti, così evitando un aggravio del contenzioso¹¹³⁰.

La fortuna di questo modello è altresì confermata dalla considerazione che, a seguire, alcuni ordinamenti giuridici, specie francofoni, vi avrebbero tratto ispirazione nel riformare il proprio regime di risposta ai danni da trattamento sanitario¹¹³¹.

¹¹²⁸ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, cit., 1095.

¹¹²⁹ J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, cit., 191.

¹¹³⁰ J. KNETSCH, *op. cit.*, 191.

¹¹³¹ In questi termini, l'intervento reso da J. KNETSCH in AA.VV., *20 ans d'application de la loi Kouchner en matière de responsabilité médicale*, in *Gazette du Palais*, 6 septembre 2022, 28 ss.

Il riferimento va, in particolare, all'ordinamento belga, ove, con la legge del 31 marzo 2010 (« Loi relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé »)¹¹³², è stato introdotto un fondo indennitario rivolto alla copertura dei danni da trattamento sanitario¹¹³³.

Tale schema inaugura un sistema di riparazione binario giacchè, ai sensi dell'art. 3 della predetta legge, autorizza il paziente, il quale abbia subito un danno in conseguenza di un atto medico, a promuovere una domanda risarcitoria davanti all'autorità giudiziaria o, in alternativa, a rivolgersi al fondo; a fronte del concorso di azioni, tuttavia, non è ammesso il cumulo delle prestazioni che eventualmente ne conseguono¹¹³⁴.

L'ambito di intervento del fondo è assai ampio¹¹³⁵, poiché è volto a indennizzare i pregiudizi derivanti sia da una condotta colposa del professionista, sia da « accident médical sans responsabilité »¹¹³⁶: nel primo caso, il fondo interviene in funzione di garanzia, laddove la responsabilità del professionista non sia del tutto o sufficientemente coperta da un contratto di assicurazione; nel secondo, invece, esso agisce alla stregua di un fondo compensativo a tutti gli effetti, purchè sia soddisfatta almeno una delle quattro condizioni di accesso all'indennizzo descritte all'art. 5¹¹³⁷ (grado di invalidità permanente uguale o superiore al 25% (o morte); incapacità lavorativa temporanea di almeno sei mesi consecutivi o comunque di sei mesi non

¹¹³² Un primo tentativo (invero più radicale e più ampio nelle sue capacità applicative) per una svolta *no-fault*, in realtà, era stato promosso già nel 2007. Cfr. L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 15.

¹¹³³ T. VANSWEEVELT - S. LIERMAN - W. BUELENS, *No-fault Law on Medical Accidents in Belgium: An Evaluation after Six Years*, cit., 263 ss.

¹¹³⁴ T. POPA, *Don't Look for Fault, Find a Remedy! Exploring Alternative Forms of Compensating Medical Injuries in Australia, New Zealand and Belgium*, cit., 129.

¹¹³⁵ Più precisamente, è l'art. 4 della cit. legge ad elencare i casi al ricorrere dei quali il Fondo può procedere ad un indennizzo: « 1° lorsque le dommage trouve sa cause dans un accident médical sans responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5; 2° lorsque le Fonds est d'avis ou qu'il est établi que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins, dont la responsabilité civile n'est pas ou pas suffisamment couverte par un contrat d'assurance; 3° lorsque le Fonds est d'avis que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins et que celui-ci ou son assureur conteste la responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5; 4° lorsque l'assureur couvrant la responsabilité du prestataire de soins qui a causé le dommage formule une offre d'indemnisation que le Fonds juge manifestement insuffisante ».

¹¹³⁶ L'art. 2 della l. 31 marzo 2010 definisce tale locuzione alla stregua di « accident lié à une prestation de soins de santé, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal.

Le dommage est anormal lorsqu'il n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible. L'échec thérapeutique et l'erreur non fautive de diagnostic ne constituent pas un accident médical sans responsabilité ».

¹¹³⁷ T. POPA, *op. cit.*, 129 s., cui si rinvia per l'approfondimento di ulteriori aspetti della disciplina. Cfr., altresì, L. VANHOOFF - T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *op. cit.*, 48 ss.

consecutivi in un periodo di tempo di un anno; conseguenze dannose particolarmente gravi, anche sul piano economico; decesso del paziente).

CAPITOLO QUARTO

L'APPLICAZIONE DEI FONDI INDENNITARI

AI CASI DI RESPONSABILITÀ SANITARIA DA COVID-19:

RAGIONI PER LA RICERCA DI UNA *BETTER RULE*

SOMMARIO. 1. L'emergenza pandemica da Covid-19: "stagione" transeunte della responsabilità sanitaria – 2. La pretesa autosufficienza delle regole di responsabilità civile – 2.1. La responsabilità dell'esercente "strutturato" – 2.2. La responsabilità delle strutture ospedaliere – 2.3. Le proposte avanzate e le reazioni della giurisprudenza – 2.3.1. Un caso di "mass tort litigation"? Spunti sull'applicabilità della tutela di classe – 2.3.2. Le proposte formulate dalla dottrina – 2.3.3. Le (prime) risposte della giurisprudenza – 3. Una possibile soluzione: il ricorso al metodo dei *no-fault compensation funds* – 3.1. Quale fondamento? Il principio di solidarietà sociale – 3.2. Le funzioni del "Fondo indennitario Covid-19": tra compensazione e deterrenza – 3.3. Alcuni nodi da sciogliere – 3.3.1. Il funzionamento del Fondo – 3.3.2. Cumulo o alternative tra rimedi.

1. L'emergenza pandemica da Covid-19: "stagione" transeunte della responsabilità sanitaria

Il 5 gennaio 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità dava atto dell'esistenza di 44 casi di polmonite dalla eziologia sconosciuta, localizzati in Cina, nella città di Wuhan, di cui aveva ricevuto notizia il 31 dicembre 2019¹¹³⁸. Seguiva una seconda dichiarazione, resa nel 9 gennaio 2020¹¹³⁹, ove l'OMS specificava che tali casi erano dovuti ad un nuovo ceppo di coronavirus; chiedeva ulteriori informazioni alle autorità cinesi, senza raccomandare, però, alcuna misura restrittiva in ordine al commercio e alla circolazione di persone.

Il 30 gennaio dello stesso anno, il direttore generale dell'OMS dichiarava l'epidemia da 2019-nCoV (successivamente, Sars-CoV-2 o, più semplicemente, Covid-19), una « Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) »¹¹⁴⁰ per definirla, l'11 marzo successivo, in considerazione del considerevole aumento di casi, « a pandemic »¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ La notizia si legge in <https://www.who.int/emergencies/disease-outbreak-news/item/2020-DON229> (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹³⁹ Si legga <https://www.who.int/hongkongchina/news/detail/09-01-2020-who-statement-regarding-cluster-of-pneumonia-cases-in-wuhan-china> (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹⁴⁰ [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹⁴¹ <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (ultimo accesso: marzo 2024). Sulla nozione di "pandemia", "PHEIC" e, più in generale, sui profili internazionali del diritto alla salute, si legga P. FRATI – P. MANCARELLA – F. VIZZINO – R. LA RUSSA – V. FINESCHI, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017?*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1714 ss., cui si rinvia anche per un'accurata ricostruzione storica degli eventi pandemici da Covid-19.

In risposta all'emergenza pandemica, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020¹¹⁴², veniva dichiarato lo stato di emergenza per la durata di sei mesi, poi prorogato con atti successivi fino al 31 marzo 2022¹¹⁴³.

La fine dell'emergenza veniva dichiarata dall'OMS il 5 maggio 2023, data in cui l'Organizzazione definiva il Covid-19 quale « established and ongoing health issue which no longer constitutes a public health emergency of international concern (PHEIC) »¹¹⁴⁴.

Al 25 febbraio 2024, il numero globale dei casi di infezione stimati dall'OMS ammontava a più di 770 milioni¹¹⁴⁵, di cui quasi 27 milioni quelli sperimentati nel territorio italiano (circa 200 mila, invece, i decessi)¹¹⁴⁶.

L'ondata pandemica, che ha duramente colpito il territorio italiano, inaugura una nuova stagione (o, per meglio dire, una parentesi) nella responsabilità sanitaria: a questi fini, infatti, il numero assai considerevole di decessi e contagi impone di confrontarsi con la potenzialità e (seppur in via limitata) l'attualità di un contenzioso derivante dall'infausto trattamento di pazienti affetti dal virus.

Se, da un lato, le fattispecie di *malpractice* professionale occasionate durante la crisi sanitaria non sembrano divergere rispetto a quelle generalmente prospettabili (diagnosi, trattamento, disinfezione dei locali o altre misure atte a prevenire la diffusione di agenti patogeni nelle strutture, etc.), dall'altro, le condizioni nelle quali il personale sanitario e le strutture si sono trovati ad intervenire durante il tempo della pandemia, risultano normalmente assenti o ininfluenti.

Specie nella prima fase dell'emergenza, infatti, alla scarsa conoscenza del virus (cui non poteva che corrispondere la mancata elaborazione di linee guida per la diagnosi, a monte, e per il trattamento, a valle, delle patologie da questo scaturenti), si sommava la notevole carenza di strumentazione, di spazi adeguati all'ospedalizzazione – in particolare – degli infetti, di risorse,

¹¹⁴² Delibera recante la « Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili », in G.U., 1° febbraio 2020.

¹¹⁴³ Per una disamina, cfr. https://temi.camera.it/leg19DIL/area/19_1_37/1-emergenza-covid-19.html.

Con decreto legge 24 dicembre 2021, n. 221 (« Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19 »), convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 2022, n. 11, si prolungava, da ultimo, lo stato di emergenza fino al 31 marzo 2022.

¹¹⁴⁴ Un approfondimento è disponibile su [https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic) (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹⁴⁵ <https://data.who.int/dashboards/covid19/cases?n=c>. (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹⁴⁶ Il dato è visibile in <https://www.epicentro.iss.it/en/coronavirus/sars-cov-2-dashboard> (ultimo accesso: marzo 2024).

di dispositivi di protezione e, soprattutto, di personale sanitario, specializzato e non; carenza resa ancora più drammatica dalla straordinaria domanda di cura¹¹⁴⁷.

In letteratura si è, quindi, cercato di formulare una tassonomia delle diverse situazioni di contenzioso, isolando almeno cinque fattispecie: la responsabilità dell' esercente la professione sanitaria per condotte colpose; la responsabilità della struttura ospedaliera per carenza organizzativa; le richieste risarcitorie avanzate dagli eredi del personale sanitario; pretese di risarcimento provenienti dai familiari delle persone decedute nell' ambito di residenze sanitarie assistenziali (RSA); infine, i danni pretesi da chi, per altre cause malato, non ha potuto accedere alle cure ospedaliere o ha subito un ritardo nel trattamento terapeutico della propria patologia¹¹⁴⁸.

L' enucleazione di tali fattispecie (così come la loro trattazione: cfr. § 2) è imposta dalla scelta del decisore politico di non intervenire, sul punto, con un' apposita disciplina; rimasto immutato lo stato dell' arte, alla giurisprudenza spettava, così, il non facile compito di applicare il quadro normativo vigente, valorizzando, se del caso, le peculiarissime circostanze verificatesi in occasione dell' emergenza sanitaria.

Il legislatore ha invece preferito intervenire sul piano del diritto penale attraverso la previsione di "scudi" dal carattere emergenziale¹¹⁴⁹: l' esempio è offerto dal d.l. 1° aprile 2021, n. 44¹¹⁵⁰ e dalla legge 28 maggio 2021, n. 76 (di conversione, con emendamenti, del cit. d.l. 44/2021).

L' art. 3 del decreto, rubricato « Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2 »¹¹⁵¹, introduce, a favore dell' operatore sanitario (medico o infermiere) che abbia

¹¹⁴⁷ Cfr. sul punto C.M. MASIERI, *Emergenza pandemica e (ir)responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1304 ss.

¹¹⁴⁸ L' elencazione appartiene a G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020, 8 ss.

Da questo novero, così come dalla trattazione che ne segue, sarà invece esclusa la responsabilità delle strutture, degli esercenti e del Ministero in relazione alla somministrazione del vaccino anti-Covid-19.

¹¹⁴⁹ L' intervento ha riguardato anche il piano della previdenza sociale. Per un approfondimento, cfr. C.M. MASIERI, *op. cit.*, 1312 e, per la copertura assicurativa di tipo privato, N. PELLINI, *L' evento morte nelle polizze infortuni private. Recenti sviluppi sul caso Covid-19 tra conferme e smentite: l' ultima parola alla Cassazione?*, in *Danno resp.*, 2024, 24 ss., P. SANTORO, *Infortuni o Malattie (per il tribunale di Torino) pari sono... se il decesso è causato da un' infezione "virulenta" da Sars-Cov-2*, in *Danno resp.*, 2022, 772 ss. e G. GIANNETTI, *Covid e non indennizzabilità in forza di polizza infortuni privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1217 ss.

¹¹⁵⁰ Decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, intitolato « Misure urgenti per il contenimento dell' epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici ».

¹¹⁵¹ « 1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all' articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l' uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di

somministrato il vaccino contro il Covid-19, un'esclusione della responsabilità penale in caso di eventi avversi causati da tale inoculamento, subordinata al rispetto di talune regole modali (autorizzazione all'immissione del vaccino in commercio; circolari pubblicate sul sito del Ministero competente)¹¹⁵². La *ratio*, com'è chiaro, si coglie nella volontà di « assicurare il personale sanitario e in genere i soggetti coinvolti nelle attività di vaccinazione », in un quadro, quello cennato, « caratterizzato da margini di incertezza scientifica »¹¹⁵³, sì da non disincentivare (o rallentare) la prosecuzione della campagna vaccinale. Delle molte ricostruzioni avanzate dalla dottrina penalistica in ordine alla natura giuridica dell'esimente di cui all'art. 3, la qualificazione, ad esempio, in termini di “scusante” (i.e. causa di esclusione della colpevolezza), imporrebbe di comprendere se l'esclusione dell'elemento soggettivo sia in grado di riverberare i suoi effetti anche sulla nozione di colpa rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c.; l'approdo, invece, alla teoria della scriminante (causa di giustificazione) recherebbe con sé l'effetto di assegnare alla condotta una rilevanza esclusivamente penalistica, elidendo ogni riverbero civilistico, trattandosi di condizione in grado di scriminare universalmente la condotta tipica – riverbero che, viceversa, ben potrebbe darsi in presenza di una causa di non punibilità in senso stretto (la quale non escluderebbe, per converso, il sorgere di un'obbligazione risarcitoria)¹¹⁵⁴.

A trovare più favorevole accoglimento è stata, invece, la previsione dell'art. 3-*bis*, introdotta all'interno del decreto dalla legge di conversione n. 76/2021 e rubricata « Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 »¹¹⁵⁵.

autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione ».

¹¹⁵² Cfr., sul punto, le pagine di M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. processo*, 2021, 1171 ss.

¹¹⁵³ Cfr. Relazione illustrativa al decreto legge in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?facetNode_1=1_6_5&facetNode_2=0_5_2_14&contentId=SAN328355&previousPage=mg_1_2#rel (ultimo accesso: marzo 2024).

¹¹⁵⁴ Per una ricognizione teorica, si legga G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 219 ss. Rispetto all'interpretazione dell'art. 3-*bis* del d.l. 44/2021, cfr. M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, cit., 1179 ss. e, per una prospettiva civilistica, si legga E. MINERVINI, *Vaccinazioni ed epidemia da Covid-19*, in *Danno resp.*, 2021, 602.

Cfr., infine, la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. 35/2021, 21 giugno 2021, a cura del dott. Aldo Natalini.

¹¹⁵⁵ « 1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale,

Tale disposizione è volta all'esclusione della responsabilità penale per i fatti compiuti in mancanza di colpa grave – soglia che, pur rilevante ai fini dell'affermazione di una responsabilità, non è definita compiutamente, se non tramite l'elencazione di una serie di indici sintomatici dell'assenza di gravità nella colpa¹¹⁵⁶: a tal proposito, infatti, la norma parrebbe imporre precisi limiti temporali, qualificativi, professionali e causali.

A rimanere, ancora una volta, ferma sarebbe, tuttavia, la responsabilità civile di tali esercenti. Da ultimo, preme osservare che, con la recentissima l. 23 febbraio 2024, n. 18, di conversione del c.d. decreto milleproroghe (d.l. 30 dicembre 2023, n. 215), la portata dell'art. 3-bis è modificata¹¹⁵⁷: la riformulazione, oltre a circoscrivere i fatti passibili di esclusione di responsabilità a quelli compiuti entro il 31 dicembre 2024, richiede che questi siano compiuti in una situazione di « grave carenza di personale sanitario »¹¹⁵⁸.

In ogni caso, come osservato in dottrina¹¹⁵⁹, entrambe le misure sono frutto di un'evidente miopia (e di una scelta di politica emergenziale che, anziché cogliere l'opportunità di una revisione del sistema, ha preferito dare corso ad una frammentazione della disciplina¹¹⁶⁰), giacché ad essere investita del numero più considerevole di ipotesi di *malpractice* sarebbe la giustizia civile, anziché quella penale.

2. La (pretesa) autosufficienza delle regole di responsabilità civile

2.1. La responsabilità dell'esercente “strutturato”

commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave.

2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza ».

¹¹⁵⁶ M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, cit., 1182 ss.

¹¹⁵⁷ Questo il testo dell'art. 4, comma 8-*septies*: « La limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dall'articolo 3-bis del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, si applica altresì ai fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale commessi fino al 31 dicembre 2024 nell'esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario ».

¹¹⁵⁸ Per un commento, è bene rinviare a P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sistema penale*, 23 febbraio 2024.

¹¹⁵⁹ Le considerazioni sono di G. PONZANELLI, *I danni subiti da CoViD-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 137.

¹¹⁶⁰ Cfr. M. CAPUTO, *op. cit.*, 1171 s.

Nella sostanziale impossibilità di trattare adeguatamente ogni fattispecie di responsabilità da “colpa” medica in fase emergenziale, l’attenzione può essere soffermata, *in primis*, sulle condotte tenute dall’esercente la professione sanitaria.

Con la doverosa premessa che, in letteratura, il centro delle riflessioni parrebbe (quasi) del tutto sbilanciato verso la considerazione della sfera giuridica del danneggiante (la classe medica), si da neutralizzare – mediante la valorizzazione dell’eccezionalità della situazione in cui questa si è trovata ad operare – una gravosa esposizione risarcitoria, è possibile, anzitutto, individuare almeno un triplice ordine di norme sulle cui potenzialità applicative preme indugiare.

In primo luogo, l’attenzione deve essere rivolta all’art. 2236 c.c.

La norma prevede una limitazione di responsabilità per il prestatore d’opera intellettuale, chiamato, per questa via, al risarcimento del danno unicamente in caso di dolo o colpa grave qualora, nell’esecuzione della prestazione, abbia dovuto affrontare « problemi tecnici di speciale difficoltà ». Ad essere esclusa, quindi, è la responsabilità del prestatore che, in presenza delle condizioni appena indicate, abbia cagionato alla controparte un danno con colpa lieve, normalmente rilevante ai sensi dell’art. 1176 c.c.

La *ratio* dell’art. 2236 c.c. è descritta dalla Relazione n. 917 al codice civile, per il quale la norma vorrebbe contemperare « due opposte esigenze, quella di non mortificare l’iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista »¹¹⁶¹.

Proprio sulla scorta del fondamento giustificativo della norma, una parte della dottrina (assieme alla giurisprudenza maggioritaria) ne deduce l’estensibilità all’ambito della responsabilità extracontrattuale: con particolare riguardo all’ambito medico, infatti, si rileva che il comportamento dell’operatore sanitario sarebbe intrinsecamente connesso allo *status* professionale che questi riveste e che non potrebbe variare in considerazione della stipulazione (o meno) di un contratto d’opera professionale¹¹⁶².

¹¹⁶¹ Per una più ampia ricostruzione, si legga R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 337 ss.

¹¹⁶² In questo senso, G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 9 ss.; M. FACCIOLI, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, in *Resp. med.*, 10 aprile 2020, 1 ss. In termini più generali, ne ammette l’applicazione alla responsabilità aquiliana, C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., 556 s., G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale. Artt. 2229-2238*, cit., 510 ss. Come già ricordato, per R. DE MATTEIS, *op. cit.*, 349 s., una simile estensione sarebbe possibile solo laddove s’intendesse l’art. 2236 c.c. come criterio di valutazione dell’operato professionale, in quanto espressivo della tendenza di giurisprudenza e legislatore ad uniformare lo standard di valutazione e dell’agire professionale in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

Altrove, invece, quale principale ostacolo all'accoglimento della soluzione estensiva si è dedotta, anzitutto, la collocazione topografica della norma entro la disciplina del contratto d'opera; a diverse conclusioni potrebbe, quindi, pervenirsi solo al ricorrere di un preciso intervento legislativo di riforma (o riportando la responsabilità dell'esercente entro l'alveo dell'art. 1218 c.c.)¹¹⁶³.

L'adozione di questo secondo orientamento, com'è chiaro, finirebbe per escludere la possibilità che l'esercente "strutturato" (il quale risponde del proprio operato, lo si ricorda, ai sensi dell'art. 7, comma 3, L. 24/2017, a titolo extracontrattuale) si avvalga di tale limitazione di responsabilità.

In ogni caso, quale che sia la tesi dogmaticamente preferibile, preme osservare come la giurisprudenza abbia dato corso ad una lettura, ormai consolidata, di tipo restrittivo. Tale impostazione "marginalista" (o, se si preferisce, "riduzionista")¹¹⁶⁴ si dipana lungo una serie di direttrici: in primo luogo, tra le "voci" della colpa, sarebbe solo la perizia ad essere rilevante¹¹⁶⁵; l'esclusione dei profili di diligenza e prudenza dal perimetro applicativo della norma si frapporrebbe, però, ad un'applicazione della norma *de qua* alle condotte di *malpractice* tenute durante l'emergenza, posto che la gran parte delle condotte colpose sembrano conseguire ad una generica negligenza degli operatori più che ad uno specifico errore tecnico terapeutico, comunque ricorrente¹¹⁶⁶.

Per una più ampia ricognizione sul punto, si legga M. FRANZONI, *L'illecito. I*, cit., 222 ss. e si consenta di rinviare al Capitolo II di questa tesi.

¹¹⁶³ Queste le osservazioni critiche di L. GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, in *Jus*, 5, 2020, (in part.) 236-238. Cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 852 s. Anche per A. D'ADDA, *Pandemia e modelli dogmatici di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 451 ss., l'operatività nei casi di responsabilità extracontrattuale non sarebbe coerente con l'origine, la collocazione e la finalità della norma, la quale si inserisce, per l'A., in un quadro « nitidamente contrattuale ».

¹¹⁶⁴ Ne dà conto M. FACCIOI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 113 ss. e C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 415, il quale discorre, a tal riguardo, di una vera e propria "sterilizzazione" della previsione normativa.

¹¹⁶⁵ Sul punto, preme ricordare che l'applicazione dell'art. 2236 c.c. in sede penale era stata avallata da Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. Cost.*, 1973, 1795, la quale – rigettata la questione di legittimità costituzionale « dell'art. 589 e dell'art. 42 c.p., nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare, questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. » – circoscriveva la deroga alla responsabilità penale, da questa derivante, nei soli casi di imperizia. Si legga, in tema, F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 159 ss.

¹¹⁶⁶ Così, A. D'ADDA, *op. cit.*, 461, il quale, rispetto alle fattispecie di generica negligenza (pur occasionate in situazioni emergenziali), dubita dell'opportunità di un'applicazione dell'art. 2236 c.c. Secondo L. GUFFANTI PESENTI, *op. cit.*, 237 ss., allora, la stanchezza e la pressione cui viene sottoposto l'operatore sanitario sarebbe rilevante nella sola misura in cui si traduca in un errore di natura tecnica.

Si è inoltre offerta alla locuzione “speciale difficoltà” un’interpretazione stringente, tale da ridurre la portata della norma ai casi di interventi sperimentali o di altissima specializzazione, tali da concretizzare una situazione terapeutica dai contorni di eccezionalità¹¹⁶⁷. Ulteriori piani di intervento hanno riguardato, da ultimo, la nozione di “colpa lieve”¹¹⁶⁸.

Pur con i limiti appena descritti, dell’art. 2236 c.c. sembrano poter beneficiare quegli operatori sanitari che abbiano agito durante il periodo di emergenza sanitaria: a rendere l’intervento di “speciale difficoltà” concorrerebbe, infatti, l’eccezionalità degli eventi e, in particolare, l’assoluta novità del virus (e delle patologie che da queste derivano), l’assenza di linee guida (o di buone pratiche clinico-assistenziali) tali da cristallizzare standard di condotta terapeutica, oltretutto, infine, condizioni di emergenza e di straordinario afflusso di pazienti¹¹⁶⁹. La complessità dell’intervento riguarderebbe, in particolare, l’esecuzione della terapia, giacché, come si è sottolineato, la diagnosi della patologia e l’adozione dei dispositivi di protezione costituirebbero ambiti per l’affermazione di un’ordinaria responsabilità¹¹⁷⁰.

Com’è chiaro, preme peraltro osservare come la valutazione del grado della colpa attribuibile all’esercente non potrà che essere, specie in questo ambito d’indagine, spiccatamente casistica, dovendo prendere in considerazione, per ciascun segmento temporale dell’emergenza, le circostanze del caso concreto, ivi compreso il novero delle conoscenze, via via migliorate, cui poter attingere: allora, una valutazione forse più rigorosa dell’operato medico potrà essere pretesa, più che nella fase iniziale della pandemia, nell’ambito dei successivi sviluppi (c.d. “ondate”), in cui il virus era senz’altro più noto, così come le sue modalità di diffusione e la cura delle conseguenti patologie.

Potrebbe chiedersi, peraltro, se sia del tutto corretta la premessa maggiore di quanto sinora affermato con riguardo alla disposizione dell’art. 2236 c.c.: l’effettiva possibilità di individuare una colpa *tout court* (lieve o grave che sia) in capo agli esercenti, ai sensi degli artt. 1176 c.c. e 5 l. n. 24/2017, sembra, infatti, contestabile proprio alla luce dell’assenza di linee guida o di buone pratiche, cui la classe medica avrebbe potuto orientare le proprie condotte, senza

¹¹⁶⁷ Di nuovo, cfr. C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 415.

¹¹⁶⁸ Cfr. ancora l’opera di C. GRANELLI, *op. cit.*, 416.

¹¹⁶⁹ Si legga G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 9 ss. e M. FRANZONI, *La responsabilità del medico e della struttura ai tempi del coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, (in part.) 2336 s. La stessa prospettiva è condivisa da G. DONADIO, *Responsabilità sanitaria*, cit., 2251 s.

¹¹⁷⁰ Così, M. FACCIOLI, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, cit.

considerare, dipoi, la già ricordata natura eccezionale ed imprevedibile della comparsa del morbo.

Infine, rimane da saggiare le potenzialità applicative degli artt. 9 e 7, terzo comma, seconda parte, della legge di riforma della responsabilità sanitaria.

L'art. 9, nel disciplinare le azioni di tipo recuperatorio, consente di ripartire la responsabilità tra il medico e la struttura ove il primo ha operato. La norma viene quindi in rilievo per due ordini di ragioni: in primo luogo, essa limita la quantificazione del danno a carico del sanitario nell'ambito dell'azione di rivalsa contabile (o, per usare le parole del legislatore, di "responsabilità amministrativa"), giacché statuisce che si debba tenere conto « delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato »; locuzione, questa, senz'altro capace di valorizzare – pur nell'ambito dei rapporti interni deputati all'allocatione del risarcimento – le già ricordate circostanze pandemiche, sì da trarre spunti per un riequilibrio del sistema¹¹⁷¹.

Un ulteriore appiglio di tutela ben potrebbe individuarsi, altresì, nell'ordinaria azione di c.d. rivalsa (art. 9, primo comma)¹¹⁷², la quale patisce una serie di limitazioni (temporali, procedurali, soggettive e quantitative), tra cui la colpa lieve del professionista, che, in effetti, ne esclude l'operare.

La rilevanza di questi profili trova conferma tanto nelle recenti scelte del legislatore, il quale ha inteso, per un verso, "canalizzare" le domande risarcitorie verso la struttura, anche attraverso una diversa qualificazione del titolo della responsabilità, e, per un altro, intervenire nel regolare il diritto di rivalsa, quanto, come si vedrà, di una parte della dottrina, che avrebbe proposto la radicale rimozione della legittimazione passiva dell'esercente per i danni correlati all'emergenza pandemica¹¹⁷³.

Un ruolo potrebbe essere esercitato, infine, dall'art. 7, terzo comma, seconda parte, il quale (cfr. capitolo II) richiede al giudice, una volta accertata la responsabilità, di tenere conto, ai fini della quantificazione del danno, della condotta tenuta dall'esercente la professione sanitaria ai sensi

¹¹⁷¹ G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 9; per A. D'ADDA, *Pandemia e modelli dogmatici di responsabilità sanitaria*, cit., 471 ss., non potendosi escludere del tutto ipotesi di responsabilità sanitaria legate all'emergenza pandemica, la particolare considerazione di questo strumento sembrerebbe cruciale.

¹¹⁷² Per un'analisi, cfr. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss., nonché, anche su profili giurisdizionali, G. FACCI, *L'azione di "recupero" della struttura nei confronti del sanitario tra Corte dei conti e giudice ordinario*, in *Corr. giur.*, 2021, 237 ss.

¹¹⁷³ A. D'ADDA, *op. cit.*, 472.

dell'art. 5. Il dato normativo appare senz'altro eccentrico e – a quanto costa – di scarsa applicazione: eppure, nel quadro emergenziale, la giurisprudenza ben potrebbe ricorrervi nella sua accezione, per così dire, “de-punitiva”, nel senso di un’attenuazione del carico risarcitorio. Questa considerazione, purtuttavia, dovrebbe fare i conti con l’assenza di linee guida, che sembrerebbero invece imposte dalla citata norma, nella parte in cui recita « *ai sensi dell’art. 5* » (corsivo nostro); ferma, allora, l’integrale riparazione del danno, alla valorizzazione della complessità della situazione sanitaria tornerebbe ad essere deputata – ai fini di un temperamento dell’esposizione risarcitoria – la regola dell’art. 2236 c.c.

2.2. La responsabilità delle strutture ospedaliere

Secondo l’orientamento più rigoroso, ma non unanime, sarebbe necessario distinguere le ipotesi di responsabilità della struttura per fatto proprio (ad esempio, per carenza organizzativa dei propri servizi ospedalieri) dalle fattispecie di responsabilità vicaria (art. 1228 c.c.): poiché tale responsabilità non farebbe altro che « riflette[re] quella del medico come ausiliario dell’adempimento della struttura »¹¹⁷⁴, solo in considerazione a quest’ultima ipotesi sarebbe ammissibile il ricorso ai benefici dell’art. 2236 c.c.

La letteratura sembra senz'altro convergere, invece, proprio sull’inappropriatezza dell’impiego della norma nell’ambito dei doveri di natura gestionale-organizzativa della struttura, anche laddove l’inadempimento abbia provocato delle ricadute sul piano strettamente terapeutico¹¹⁷⁵. Come noto, la ripartizione dei carichi probatori appare, in questo ambito, di minor agio per il danneggiante: non è, infatti, il paziente a dover dimostrare l’inadempimento del nosocomio (né, tantomeno, una sua colpa, in questa sede irrilevante), chiamato, invece, a provare la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (o l’adempimento)¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ Tale orientamento fa capo a C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 852 ss. (in part. nt. 14), il quale segnala, tuttavia, un paradosso: la norma sarebbe applicabile alla struttura rispetto alla condotta dell’ausiliario, ma non al medico strutturato (che risponde a titolo extracontrattuale).

¹¹⁷⁵ Oltre al riferimento (cfr. nt. precedente) a Castronovo, cfr. tra i molti, M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 113 ss.

¹¹⁷⁶ Come opportunamente suggerito da N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, cit., 332 e da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 884 ss., nell’ambito della c.d. responsabilità contrattuale, una questione di causalità si pone solamente in via eventuale e unicamente in capo al debitore, al fine di escludere, in capo a questi, una responsabilità. Per riprendere le parole del primo A., allora, « l’unica causalità del fatto, nella fattispecie dell’art. 1218 cod. civ., è quella che lega l’impossibilità della prestazione ed il fattore che l’abbia determinata [...] »; in questo senso, allora, Cass. 28991/2019, cit., sembra cadere in un corto circuito nella formulazione di un “doppio ciclo causale” (costitutivo ed estintivo), ripartendone la dimostrazione tra – nell’ordine – creditore e debitore.

Questo principio, tuttavia, sembra aver trovato un temperamento nella recente giurisprudenza di legittimità¹¹⁷⁷, la quale, come anticipato, nel formulare un doppio ciclo causale, assegna al paziente-creditore l'onere di provare, pure ricorrendo a meccanismi presuntivi, il nesso causale corrente fra l'aggravamento della situazione patologica (ovvero l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del medico, competendo a quest'ultimo, invece, provare o l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

Occorre quindi verificare se la violazione dei doveri di buona organizzazione – i quali costituiscono parte della più ampia prestazione di cura alla quale la struttura si vincola verso il paziente¹¹⁷⁸ – si traduca necessariamente in un'inevitabile affermazione di responsabilità o se, al contrario, alcune circostanze – quali: la penuria di posti letto, la mancanza di personale medico (specializzato e non), la ridotta disponibilità di dispositivi di diagnosi (i.e. tamponi) e cura, specie nell'ambito della terapia intensiva, unita all'improvviso sovraffollamento delle strutture – possano trovare una loro valorizzazione nel giudizio di (ir)responsabilità *ex art. 1218 c.c.* (il quale comunque consegue, presupponendolo, al vaglio di causalità).

Anzitutto, nel definire il perimetro dell'obbligazione organizzativa in capo alla struttura, non sembra possibile prescindere dalla formulazione di una regola (non già rigida ed invariabile, bensì) elastica, tale da contemperare ogni circostanza del caso concreto e ricavandone uno standard connotato in termini di ragionevolezza¹¹⁷⁹.

Stante un principio di variabilità nella definizione del criterio di imputazione della generica responsabilità da inadempimento, si tratta di comprendere se, nel caso della struttura sanitaria, la responsabilità di questa per violazione dei doveri gestionali-organizzativi si tinga in senso

¹¹⁷⁷ Si tratta di Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

¹¹⁷⁸ Il principio è assai consolidato in giurisprudenza. Tra le moltissime pronunce, cfr. Cass. 30 settembre 2015, n. 19541, in Banca dati *OneLegale*, per la quale la struttura « è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere ».

Tali doveri organizzativi, peraltro, sono al centro delle riflessioni dell'art. 1, primo comma, della legge Gelli-Bianco, a mente del quale « *la sicurezza delle cure* è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività » (corsivi nostri).

Come affermato da R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 111 ss., nel passaggio « dal medico alla struttura, dal singolo atto professionale all'attività di erogazione del servizio » (corsivi dell'A.) l'accento deve essere posto proprio sui profili organizzativi, i quali vengono a connotare lo schema causale del contratto di assistenza sanitaria.

¹¹⁷⁹ Per un'esemplificazione si rinvia alle complete pagine di M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 93 ss., il quale importa nell'ambito sanitario la definizione di "prodotto difettoso" ai sensi del codice del consumo.

oggettivo o, al contrario, soggettivo, contemplando, in questo senso caso, un riferimento alla colpevolezza – sul punto, l’art. 7 della legge 24/2017, nel richiamare l’art. 1218 c.c., non sembra aver preso una posizione netta¹¹⁸⁰ –, giacché tale connotazione finisce poi per rifluire nel giudizio di causalità (estintiva) tra difetto organizzativo e danno, in carico alla struttura¹¹⁸¹.

Sul punto, la giurisprudenza sembra aver fatto propria – nell’ambito delle infezioni nosocomiali, la cui prevenzione è anch’essa parte integrante delle prestazioni “accessorie” alla cura cui si obbliga la struttura – una nozione *quasi* oggettiva: per un verso, infatti, a fronte del ricorso del paziente al metodo presuntivo per dimostrare l’inadempimento della struttura, a quest’ultima si consente di offrire una prova liberatoria, non già basata su una generica assenza di colpa, bensì fondata su di un vero e proprio decalogo di misure operative¹¹⁸² (che dovranno essere dimostrate tanto nella loro astratta adozione, quanto nella concreta attuazione nel caso di specie); per un altro, nonostante la concezione soggettivistica, fondata sulla violazione di standards di comportamento, scandita dalla giurisprudenza, il contenuto assai articolato di questa prova è tale da renderla sovente impraticabile, così scivolando verso una qualificazione della responsabilità dell’ente ospedaliero in termini finanche assoluti¹¹⁸³.

Anche in considerazione del dettato normativo dell’art. 1, secondo comma, della legge Gelli-Bianco, il quale pone la « prevenzione e [la] gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie » quale momento fondativo della sicurezza delle cure, la ricostruzione dogmaticamente più convincente¹¹⁸⁴ individua proprio nel rischio¹¹⁸⁵ la base giustificativa e il limite della responsabilità delle strutture per difetto organizzativo.

Sulla scorta di questo principio, pertanto, la struttura sarà chiamata a rispondere solamente di quei danni – evitabili e non – che siano concretizzazione di un rischio tipico (quindi relativo

¹¹⁸⁰ Cfr. sempre M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 104 e 116 ss.

¹¹⁸¹ V. U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, cit., 1782 conferma, infatti, che la dimostrazione della causa non imputabile (« che ha determinato la mancata o imperfetta prestazione ritenuta causalmente legata all’insorgenza del danno ») si colloca « in una partita probatoria giocata sull’accertamento del nesso di causa fra difetto organizzativo e gestionale e danno ».

¹¹⁸² Da ultimo, cfr. Cass. 3 marzo 2023, n. 6386, in *Danno resp.*, 2023, 476 ss., con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Infezioni nosocomiali: responsabilità in cerca d’identità*, nonché Cass. 13 giugno 2023, n. 16900, in *Banca dati DeJure*.

¹¹⁸³ Di *probatio quasi diabolica* discorre G. PONZANELLI, *La Terza Sezione della Cassazione e la responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2024, 5 ss.

¹¹⁸⁴ C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., 874, il quale individua i danni quale costo strumentale all’attività; così, anche L. GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, cit., 242 ss.

¹¹⁸⁵ Il riferimento è, com’è chiaro, alla già citata opera di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.

all'attività da questa svolta), purchè, per usare le parole di autorevole dottrina, « pertinenti ad un rischio che abbia un'entità apprezzabile, tale da potersi pretendere che venga calcolato dall'imprenditore e coperto con l'assicurazione [...] »¹¹⁸⁶, quindi amministrabile.

Nell'ambito sanitario (connotato da un rischio, dunque, "clinico" più che imprenditoriale), si tratta allora di verificare la corretta assunzione, da parte della struttura, di un'organizzazione oggettivamente adeguata all'erogazione del servizio di cura e assistenza¹¹⁸⁷.

Il rischio, per come sopra definito, inoltre, diviene utile strumento anche per comprendere quali eventi dannosi, verificatisi nel quadro dell'emergenza pandemica, possano attribuirsi alla responsabilità dell'ente ospedaliero: tale valutazione passa necessariamente dalla verifica della prevedibilità del rischio di tale eccezionale situazione e dalla possibilità, in definitiva, per la struttura, di tenerne conto e governarlo¹¹⁸⁸. Il limite è, in evidenza, tracciato in corrispondenza della *vis maior* o del caso fortuito¹¹⁸⁹, parametro che corrisponde all'inesigibilità del comportamento atto ad impedire il danno concretizzazione di un rischio atipico¹¹⁹⁰.

Eppure, la valutazione della crisi pandemica non può costituire un argine universale all'affermazione di una responsabilità; al contrario, sembra necessario, nell'ambito del caso concreto, verificare la conciliabilità di tali straordinarie situazioni rispetto allo specifico rischio fatto proprio dall'attività della struttura e comprendere quali eventi avrebbero potuto e dovuto essere evitati¹¹⁹¹.

A queste premesse non sembra del tutto aderire quella letteratura che ha offerto, pur con cautela, una prima distinzione tra fatti dannosi: da un lato, in considerazione della drammatica penuria di risorse disponibili e della necessità di assegnare le stesse secondo criteri di razionalità ed efficienza¹¹⁹², la responsabilità del nosocomio sembra più agevolmente escludersi nei casi in

¹¹⁸⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 306.

¹¹⁸⁷ In questo senso, cfr. R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 187, la quale, riconducendo la responsabilità della struttura al combinato disposto degli artt. 1218 e 1681 c.c., sottolinea che « si dovrà fare capo [...] al criterio del rischio, correlato all'organizzazione di un'attività di servizi alla persona, da valutarsi in rapporto all'adozione di quelle misure che sono in grado di assicurare la sicurezza del servizio nella prevenzione di danni alla salute dei pazienti [...] ».

¹¹⁸⁸ Si legga sul punto G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 10 ss.

¹¹⁸⁹ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 307.

¹¹⁹⁰ Per un approfondimento, v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 636 s.

¹¹⁹¹ Questa la condivisibile ricostruzione di L. GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, cit., 248. Pertanto, come correttamente rileva l'A. (*ivi*, 249 ss.), l'impossibilità per la struttura di adempiere alla prestazione esclude la responsabilità del medico che avrebbe dovuto operare in quella stessa struttura, in quanto risente necessariamente dell'organizzazione preposta a monte dal nosocomio.

¹¹⁹² Si è parlato a tal riguardo di "*tragic choices*" per rievocare il titolo dell'opera di G. CALABRESI – P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006. Cfr. R. PUCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl., 24 ss. con particolare riguardo alle raccomandazioni SIAARTI («

cui il deficit organizzativo abbia inciso, compromettendola, sull'attività di diagnosi e terapia dei pazienti che abbiano sviluppato patologie correlate al virus; a conclusioni parzialmente diverse, dall'altro lato, dovrebbe pervenirsi con riferimento alla responsabilità della struttura per mancata (o difettosa) adozione delle misure di (*lato sensu*) sanificazione degli ambienti, della strumentazione ed ogni altra attività atta a prevenire e limitare la diffusione del virus *intra moenia* (ad esempio, attraverso l'impiego di dispositivi di protezione individuale o l'isolamento dei pazienti positivi)¹¹⁹³.

2.3. Le proposte avanzate e le reazioni della giurisprudenza

A quattro anni dall'inizio della pandemia, ben lungi da formulare ancora dati certi, dal bollettino pubblicato da IVASS relativo ai rischi di responsabilità sanitaria nel decennio 2010-2020¹¹⁹⁴ emerge come, rispetto all'anno 2020, i sinistri legati al Covid-19 rappresentassero una percentuale esigua (2,5%) dei sinistri complessivamente denunciati, con un'incidenza sui risarcimenti piuttosto contenuta: ciò nonostante, era lo stesso Istituto ad ammettere che « la

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 »).

¹¹⁹³ Cfr. A. D'ADDA, *Pandemia e modelli dogmatici di responsabilità sanitaria*, cit., 468 ss.; M. FACCIOLE, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, cit.

Né – come ricorda G. PONZANELLI, *Sostenibilità delle regole di responsabilità civile*, in *Contr. impresa*, 2023, (in part.) 724 ss.; ID., *I danni subiti da CoViD-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, cit., 138 s. – possono certo trascurarsi i riflessi che gli eventi pandemici possono produrre sull'altro polo di quel binomio (sopra definito) inscindibile – l'istituto assicurativo – al quale, come visto, la responsabilità civile risulta intrinsecamente connessa. Banalizzando i termini del discorso, si tratta di comprendere se, a valle di una sentenza di condanna al risarcimento del danno, la struttura ospedaliera possa fruttuosamente trasferire il costo dell'obbligazione risarcitoria sull'impresa d'assicurazione e, quindi, fare affidamento sulla relativa copertura indennitaria. L'ampiezza del tema ne impedisce, in questa sede, una ricostruzione articolata. In ogni caso, secondo N. DE LUCA, *Covid-19, rischio sanitario e assicurazioni. Prime riflessioni*, in *Danno resp.*, 2020, 334 ss., le alternative astrattamente prospettabili sarebbero due: il rischio di *malpractice* sanitaria determinato dagli eventi pandemici potrebbe porsi, ai sensi dell'art. 1912 c.c., quale rischio catastrofale, escludendo per questa via la copertura assicurativa; in alternativa, il rischio sanitario derivante dalla pandemia potrebbe dare luogo ad un aggravamento del rischio di responsabilità civile, con conseguente applicazione del regime dell'art. 1898 c.c. (il quale consente, a talune condizioni, il recesso dell'assicuratore dal contratto e, in mancanza, determina la copertura del rischio, pur aggravato). Una soluzione sul punto, tuttavia, richiede di verificare quale sarà l'orientamento della giurisprudenza in ordine alla rilevanza giuridica dell'evento pandemico.

Nette le conclusioni di G. PONZANELLI, *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in *Contr. impresa*, 2023, 12 s., secondo cui il rischio di eventi pandemici da Covid-19 non avrebbe potuto essere previsto (almeno nella prima fase); difetterebbe, quindi, un requisito per la sua assicurabilità o, per ricorrere alle parole dell'A., « la premessa alla base di ogni logica assicurativa, cioè che l'assicurazione può logicamente esistere solo di fronte ad un rischio certo ».

Per una ricostruzione in tema, si leggano le pagine di P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1390 ss.

¹¹⁹⁴ IVASS, *Bollettino statistico. I rischi da responsabilità civile sanitaria in Italia. 2010-2020*, ottobre 2021, 17.

gestione dei sinistri in ambito r.c. sanitaria tende a protrarsi nel tempo e effetti più ampi della pandemia sulla sinistrosità del settore potrebbero manifestarsi negli anni successivi » e che alcune compagnie già avrebbero introdotto (o programmato di introdurre), nelle polizze, clausole di esclusione o di limitazione del rischio (o, ancora, condizioni economiche più onerose in caso di copertura del rischio c.d. pandemico)¹¹⁹⁵. Nell'anno successivo – come si legge nel bollettino pubblicato dall'Istituto nel dicembre 2022 –, invece, il numero di sinistri denunciati e riferibili al Covid-19, pur in crescita (942, contro i precedenti 409), si fermava al 5,5% del totale¹¹⁹⁶.

Secondo un'indagine formulata da una privata compagnia d'assicurazioni attiva nel settore *med-mal*, il numero di richieste di risarcimento ricevute da inizio pandemia sino allo scorso 20 febbraio 2023 si attesterebbe attorno al 4,37% rispetto alle totali richieste risarcitorie nel settore di responsabilità sanitaria (con un picco, nel 2021, del 8,27%): di queste, il 44% avrebbe ad oggetto un decesso¹¹⁹⁷.

A fronte di un dato apparentemente distonico rispetto ai numeri complessivi (sopra riportati) dei danneggiati dagli eventi pandemici, deve senz'altro considerarsi la peculiare lungolatenza del danno di origine iatrogena, senza trascurare, poi, il dato sommerso dei soggetti che, specie nella prima fase, non avevano ricevuto alcuna diagnosi di positività al virus; né sembra comprendersi a fondo in quale misura la specifica eziologia da Covid-19 sia stata considerata nel processo di formulazione del dato statistico: per esemplificare, ci si potrebbe chiedere se, nella percentuale indicata, siano state ricomprese anche quelle richieste formulate dal paziente, o dai suoi eredi, malato ordinario cui non sia stato dedicato un trattamento adeguato in considerazione dell'emergenza pandemica. Non è inverosimile pensare, infine, che la portata drammatica degli eventi (così come il monito formulato, tra gli altri, dal Consiglio Nazionale Forense a professionisti che, profittando della situazione di crisi sanitaria, pure contravvenendo a precisi doveri deontologici, avevano dato seguito a deprecabili iniziative di pubblicità volte

¹¹⁹⁵ IVASS, *Bollettino statistico. I rischi da responsabilità civile sanitaria in Italia. 2010-2020*, ottobre 2021, *ibidem*.

¹¹⁹⁶ IVASS, *Bollettino statistico. I rischi da responsabilità civile generale e sanitaria in Italia*, dicembre 2022, (in part.) 19.

¹¹⁹⁷ AMTRUST, *Osservatorio Covid MedMal. Analisi delle richieste di risarcimento danni a tre anni dalla pandemia*, febbraio 2023.

ad offrire consulenza legale ai casi di asserita malasanità¹¹⁹⁸) potrebbe aver funto da filtro rispetto alla formulazione di richieste risarcitorie pretestuose.

2.3.1. Un caso di “*mass tort litigation*”? Spunti sull’applicabilità della tutela di classe

Dinanzi a numeri non ancora definiti, dunque, deve chiedersi se – trattandosi, come è ragionevole dedurre, di un fenomeno di *mass tort litigation*¹¹⁹⁹ – il danno biologico sofferto dal paziente, in relazione ad una responsabilità correlata alla pandemia da Covid-19, possa essere oggetto di una tutela aggregata: il tema riguarda, in altre parole, la proponibilità, per tali pretese, dello strumento dell’azione di classe.

Tale proposta, per quanto suggestiva nel consentire una definizione contestuale della pluralità di pretese in capo ai potenziali danneggianti, non sembra cogliere nel segno¹²⁰⁰.

Un esame dettagliato in punto di tutela collettiva ci condurrebbe lontano e poco gioverebbe ai fini della presente analisi.

Basterà solo osservare che, come noto, preso atto dell’insuccesso della precedente disciplina dell’azione di classe consumeristica (art. 140-*bis* cod. cons.), la recente L. 12 aprile 2019, n. 31 (« Disposizioni in materia di azione di classe »), novellando il codice di rito con le neonate previsioni degli artt. 840-*bis* – 840-*sexiesdecies* c.p.c., ha tentato di superarne le rigidità applicative. Infatti, a seguito della riforma, il rimedio collettivo risulta, oltrechè economicamente incentivato, profondamente accresciuto nelle sue capacità applicative: in questo senso depone, anzitutto, il passaggio dalla stretta preclusione al settore consumeristico in favore di una portata generale dell’istituto¹²⁰¹, al quale consegue, quindi, l’ampliamento della platea dei legittimati attivi. In ordine alle posizioni giuridiche fatte valere in forma aggregata, poi, la riforma ha inteso prescindere dalla fonte di questi, ribadendo, ai fini dell’ammissibilità dell’azione di classe, il triplice requisito della non manifesta infondatezza della domanda, dell’omogeneità dei diritti individuali azionati e dell’idoneità del ricorrente a curare

¹¹⁹⁸ CNF, Delibera n. 178 del 1° aprile 2020 (« Invito a COA e CDD a vigilare su comportamenti indegni che ledono il decoro e la dignità della classe forense »). Per un commento, L. LOCATELLI, *Pandemia, legislazione d’emergenza e deontologia*, in *Danno resp.*, 2020, 581 ss.

¹¹⁹⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. 3, 140 ss. Per una più ampia ricognizione del fenomeno, cfr. E. PODDIGHE, *I “mass torts” nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008, in part. 81 ss.

¹²⁰⁰ Lo esclude anche G. PONZANELLI, *La responsabilità civile al tempo del Covid-19*, cit., 426.

¹²⁰¹ Sul punto, si leggano le considerazioni espresse da C. CONSOLO, *La terza edizione dell’azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d’insieme ad una disciplina amplissima*, in *Corr. giur.*, 2019, 737 ss., il quale, in effetti, sottolinea che « si apre finalmente alla tutela di qualsiasi categoria di “diritti individuali omogenei” ».

adeguatamente gli interessi dell'azione di classe, oltre a pretendere, infine, l'assenza di conflitto di interessi del ricorrente nei confronti del resistente¹²⁰².

Tra questi, uno dei profili di sicuro interesse, specie ai nostri fini, è senz'altro rappresentato dalla omogeneità dei diritti individuali¹²⁰³, il quale sembra porsi come principale ostacolo all'impiego dello strumento collettivo in relazione alle pretese risarcitorie occasionate dagli eventi pandemici¹²⁰⁴.

Al di là del significato da assegnare allo scrutinio di omogeneità, esclusa comunque la via interpretativa della stretta identità tra pretese o del *quantum* risarcitorio, in questa sede l'attenzione merita di essere spostata sulla conciliabilità con la fattispecie del danno non patrimoniale. È, in particolare, l'azionabilità in forma collettiva del danno biologico a sollevare le principali perplessità, se non altro in ragione della irriducibile, irripetibile e difficilmente standardizzabile portata individuale che connota – anche sul piano della sua eziologia, spesso multifattoriale – il pregiudizio alla salute e che non consente, salvo dubbie scorciatoie (di senso, prima che di stretto diritto) votate a restituire effettività alla disciplina dell'azione di classe, di immaginare, in definitiva, situazioni a questa omogenee¹²⁰⁵. L'ardua standardizzazione del danno biologico ne impone, quindi, un vaglio sartoriale ed individualizzato sul singolo danneggiato, a ben vedere incompatibile con le caratteristiche processuali fatte proprie dal rimedio collettivo.

Ora, anche a voler argomentare diversamente, l'esclusione del rimedio collettivo sembra poter trovare giustificazione nella sua inapplicabilità *ratione temporis*: l'art. 7 della l. n. 31/2019 ne sancisce, infatti, il carattere irretroattivo, posto che « Le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore » e che « Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi i

¹²⁰² Per un approfondimento, cfr. AA.VV., *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2021.

¹²⁰³ L'art. 840-bis c.p.c. si limita, invece, a richiedere l'esistenza di un diritto individuale omogeneo. Con la riforma (peraltro anticipata dai contributi della dottrina e della giurisprudenza) attuata dal d.l. 1/2012, veniva superato il precedente riferimento alla *identità* delle pretese azionabili.

¹²⁰⁴ Pur omettendo di prendere posizione sul punto, U. RUFFOLO, *Le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2021, 488 s., sottolinea la necessità di un preliminare accertamento sull'omogeneità dei diritti azionati.

¹²⁰⁵ Cfr. V.C. CASTALDO, *Il danno non patrimoniale nell'azione di classe: il quantum sul letto di Procuste*, in *Corr. giur.*, 2020, 954 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno e la sua prova nell'azione di classe (a proposito del c.d. Dieselgate)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 169 ss. Convincente l'impostazione fatta propria dalla dott.ssa Francesca Ruggiero nel dattiloscritto della sua tesi di dottorato, intitolata “*Azione di classe. Origini, evoluzione e rapporti con i danni non patrimoniali*”, gentilmente fornitoci dall'A.

le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore »¹²⁰⁶. La tutela collettiva, quindi, potrebbe essere utilmente impiegata per le sole pretese relative a fatti pregiudizievoli verificatisi in un momento successivo al termine (originariamente fissato al 19 aprile 2020, poi in varie occasioni rinviato) del 19 maggio 2021¹²⁰⁷, quando ormai la crisi sanitaria stava per imboccare una parabola discendente: legittimato passivo di un eventuale contenzioso collettivo, oltre alla struttura ospedaliera (benché di dimensioni tali da immaginare una nutrita platea di danneggiati) per le ragioni sopra ricordate, potrebbe essere la Pubblica Amministrazione (Stato e Regioni), potenzialmente responsabile, a titolo evidentemente extracontrattuale, dell'omessa o ritardata adozione di misure precauzionali atte a contenere il virus¹²⁰⁸.

2.3.2. Le proposte formulate dalla dottrina

Escluso, dunque, il ricorso alla tutela aggregata (che, anche laddove ammessa, comunque sconterebbe, per le ragioni sopra evidenziate, le medesime difficoltà di accoglimento, nel merito, di un'azione individuale), può passarsi ad una breve rassegna delle alternative di intervento fatte proprie dalla dottrina.

Ora, volendo operare una sintesi delle soluzioni proposte sul piano del diritto positivo, la letteratura sembra principalmente valorizzare le peculiarità dell'emergenza da Covid-19, talvolta nei termini di un'esclusione della colpa, talaltra quale limite, variamente inteso, all'adempimento della prestazione. Non si è neppure mancati di prestare attenzione al fronte dell'antigiuridicità, attraverso l'esame delle potenzialità applicative dell'art. 2045 c.c., che, come noto, in presenza di uno stato di necessità, "giustifica" la condotta illecita, scriminandola, obbligando il danneggiante a corrispondere un indennizzo, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ In questo senso cfr. anche U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 76 s.

¹²⁰⁷ Il differimento è stato operato, prima, dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. Milleproroghe) e, in un secondo momento, dal d.l. 9 dicembre 2020, n. 149 (c.d. decreto ristori *bis*).

¹²⁰⁸ A conferma di quanto sopra affermato, per la prima "maxicausa" proposta da cinquecento famiglie lombarde nei confronti dello Stato e Regione Lombardia non si è fatto ricorso all'azione di classe, preferendo la tradizionale azione di cognizione. L'informazione si ricava da G. PONZANELLI, *Sostenibilità delle regole di responsabilità civile*, cit., 724 ss. Il contenzioso è brevemente descritto da A. DI LANDRO – M. IOSSA, *Covid, 500 famiglie chiedono al governo di essere risarcite*, in *Corriere della sera*, 23 dicembre 2020.

¹²⁰⁹ G. COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno resp.*, 2020, (in part.) 306 ss.; a conclusioni di segno opposto perviene, invece, L. GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, cit., 249 ss. e A. D'ADDA, *Pandemia e modelli dogmatici di responsabilità sanitaria*, cit., 454 s. (il quale assegna alla norma una portata applicativa del tutto residuale, coincidente con il caso della

Insomma, a fronte del variegato strumentario che si è tentato di riassumere nei paragrafi precedenti, la dottrina sembra – all’unanimità – concludere per la capacità dell’ordinamento di contemperare l’emergenza pandemica, così offrendo soluzioni di equilibrio volte ad evitare un’esposizione giudiziaria eccessiva del comparto sanitario. Tale considerazione, nient’affatto irragionevole – pure se miope, nella misura in cui, come si vedrà *infra*, trascura di considerare l’altro corno del discorso sulla responsabilità: la riparazione dei soggetti danneggiati – escluderebbe, quindi, la necessità di un intervento normativo *ad hoc* – di soluzioni, cioè, *de jure condendo*¹²¹⁰.

Secondo l’Associazione dei Civilisti Italiani – chiamata, agli albori della crisi sanitaria, ad esprimere un *position statement*, sottoposto all’esame dell’allora Governo¹²¹¹ –, pur riconoscendo l’adeguatezza del quadro normativo vigente, il disegno di questo avrebbe richiesto di procedere ad un completamento. Esclusa l’adozione di uno “scudo” (quindi, di un’esclusione *tout court* di responsabilità), fortemente sospetto di incostituzionalità, ed individuate le varie fattispecie normative invocabili a tutela dell’esercente e delle strutture, l’Associazione proponeva, in ottica, quindi *de jure condendo*, di rafforzare la tutela del primo, prevedendone l’esclusione della legittimazione passiva, sulla falsariga di quanto previsto dalla legge 13 aprile 1988, n. 117, in punto di responsabilità civile dei magistrati, che, in presenza di una condotta dolosa o gravemente colposa, comunque ammette l’esercizio di un’azione di rivalsa¹²¹².

selezione dei pazienti nell’accesso alle cure). In termini ricognitivi, cfr. C. IORIO, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus*, in *judicium.it*.

In premessa, occorre comprendere l’ambito di applicazione dell’art. 2045 c.c., e verificare, cioè, se la norma si applichi al solo ambito extracontrattuale o prescindendo dalla fonte del rapporto. Per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 637 ss., lo stato di necessità rilevarebbe anche in ambito contrattuale, seppur alla stregua di una causa di invalidità del contratto; *contra*, L. MENGONI, *Irrilevanza dello stato di necessità in tema di responsabilità contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, II, 361 ss.

¹²¹⁰ In questo senso, tra i molti, G. FACCI, *Covid-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., 10 ss.; G. PONZANELLI, *I danni subiti da Covid-19 tra regole di responsabilità civile e piani no-fault*, cit., 138. Una posizione più sfumata è assunta da M. FACCIOLI, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, cit. In senso sostanzialmente ricognitivo, cfr. AA. VV., *La responsabilità medica all’epoca dell’emergenza pandemica Covid-19: iter ricostruttivo sino alla legge n. 76/2021*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2106 ss.

¹²¹¹ ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, disponibile in <https://www.civilistiitaliani.eu/iniziative/notizie/709-una-riflessione-ed-una-proposta-per-la-migliore-tutela-dei-soggetti-pregiudicati-dagli-effetti-della-pandemia> (ultimo accesso, 23 marzo 2024).

¹²¹² Come si legge in P. SIRENA, *I principi dello European Law Institute sulla pandemia di Covid-19*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 890 ss., tra i principi pubblicati, lo scorso 16 maggio 2020, dallo *European Law Institute* (ELI), compare (al n. 14) l’esonero da responsabilità per colpa non grave, di cui dovrebbero beneficiare gli operatori sanitari per gli eventi avversi correlati al Covid-19.

Questa ed altre proposte non hanno trovato l'accoglimento del legislatore.

Per vero, va comunque rammentato che, durante l'*iter* parlamentare di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (intitolato, « Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 »), taluni schieramenti politici avevano proposto emendamenti¹²¹³, poi accantonati, volti ad una (variegata) regolamentazione speciale – *in mitius* – delle responsabilità sanitarie connesse all'emergenza epidemiologica¹²¹⁴.

¹²¹³ Per un esame degli emendamenti, cfr. M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Resp. med.*, 9 aprile 2020 e E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in *Questione giustizia*, 10 aprile 2020, il quale ne saluta con favore il ritiro. Si leggano anche U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, cit., 1786 ss.; G. FACCI, *Covid-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., 1 ss.; G. ALPA, *Un bilancio quinquennale della riforma della legge n. 24 del 2017 sulla sicurezza delle cure e la responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Resp. med.*, 2022, (in part.) 177 s. e P. FRATI – P. MANCARELLA – F. VIZZINO – R. LA RUSSA – V. FINESCHI, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017?*, cit., 1734 ss.

¹²¹⁴ In questa sede è possibile brevemente rammentare, ad esempio, la proposta (n. 1.0.4, disponibile in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52873.htm>) di inserire un art. 1-bis, rubricato « Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione delle responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 » e così formulato: « 1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie - professionali - tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile:

a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona;

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

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

2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore [...] » (il terzo comma, invece, si occupa dei profili penalistici).

Pur senz'altro apprezzabile negli intenti, tale proposta – forse una delle più audaci messe sul tappeto – non sembra scandita secondo una tecnica normativa inappuntabile, risentendo – forse – dei limiti propri di una qualunque legislazione di tipo emergenziale. Rileva correttamente G. COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, cit., 303 ss., infatti, che l'esclusione della responsabilità (civile ed erariale) opererebbe nei casi di evento avverso verificatosi tanto *a causa* della situazione emergenziale, quanto *durante* (cioè in costanza del)la stessa. Eppure, non può certo assegnarsi alla causalità e alla mera coincidenza cronologica la stessa rilevanza sul piano del giudizio di (ir)responsabilità. I potenziali profili di illegittimità costituzionale avrebbero potuto investire, quindi, in considerazione dell'estensione dell'immunità alle strutture sanitarie, l'eccessiva compressione del diritto di difesa in capo al paziente-danneggiato, il quale – per un fatto occorso anche in costanza della crisi sanitaria – si troverebbe privo di un legittimato passivo, senza considerare, infine, che, come argomenta G.

Pur non traducendosi in un'effettiva riforma della disciplina, la proposta funge nondimeno da termometro dell'urgenza (anche emotiva) di rimodulare il difficile bilanciamento tra la garanzia dei molti danneggiati, da un lato, e la tutela dei professionisti della sanità, dall'altro, destinatari – più che mai – del plauso della collettività.

2.3.3. Le (prime) risposte della giurisprudenza

Non sembra ancora possibile tracciare un quadro completo delle posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito. Per una provvisoria *summa*, può considerarsi, però, come le (invero) isolate decisioni (pubblicamente disponibili) finora rese in punto di responsabilità sanitaria da Covid-19 abbiano tendenzialmente respinto l'azione risarcitoria proposta dal danneggiato e dai suoi aventi causa.

In una sentenza di recente depositata dal Tribunale di Varese¹²¹⁵, il giudice, pronunciandosi in accoglimento della ricostruzione offerta dalla struttura convenuta in giudizio, ragionevolmente escludeva la responsabilità del nosocomio nonostante l'« alta probabilità » che l'attore avesse contratto l'infezione da Covid-19 proprio durante il periodo di degenza presso la struttura.

La decisione è, a tal riguardo, di estremo interesse nella misura in cui sembra discostarsi da quel regime di severità che, nell'ambito del microcosmo delle infezioni nosocomiali, la giurisprudenza di legittimità¹²¹⁶ sembra riservare alle strutture ospedaliere, chiamate, come già detto, ad una prova liberatoria particolarmente qualificata.

Aderendo alle risultanze della ctu in ordine alla corretta attuazione della (sola) Circolare del Ministero della Salute *ratione temporis* applicabile alla controversia, il Tribunale – se ben se ne comprende l'*iter* motivazionale – avrebbe derivato la prova liberatoria *ex art. 1218 c.c.* dalla circostanza secondo cui la convenuta avrebbe « posto in essere tutte le condotte dalla stessa esigibili secondo le conoscenze tecniche e scientifiche del periodo in esame », mettendo in atto « tutte le precauzioni possibili proprio nel periodo di massima esplosione della pandemia »; a non emergere distintamente, tuttavia, sembra la qualificazione giuridica e la rilevanza assunta dall'evento pandemico nell'ambito della corretta esecuzione degli obblighi di “spedalità”.

COMANDÉ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, cit., 304, « [...] avrebbe eliso ogni deterrenza nei confronti del personale sanitario *anche* fuori dall'emergenza e al contempo avrebbe negato ingiustificatamente il risarcimento del danno *anche* in queste ipotesi senza una base costituzionale solida ».

¹²¹⁵ Trib. Varese, 27 febbraio 2024, R.G. 694/2022, consultabile in https://www.linkedin.com/posts/effeffe-partners_tribunale-di-varese-sentenza-n-2492024-activity-7169304385120931840-gusr/?originalSubdomain=it.

¹²¹⁶ Cfr., tra le molte, Cass. 3 marzo 2023, n. 6386, cit.; Cass. 13 giugno 2023, n. 16900, cit.

Anche il Tribunale di Sassari¹²¹⁷ respingeva la domanda di condanna formulata nei confronti della struttura sanitaria. Oggetto della controversia era la responsabilità per la contrazione (nosocomiale) del virus Covid-19 da parte di un paziente ricoverato presso la convenuta struttura, poi deceduto.

Pur ritenendo « del tutto verosimile », quindi provata, la natura nosocomiale dell'infezione, il Giudice escludeva la responsabilità dell'ente ospedaliero, così motivando: « Va [...] preso in considerazione il peculiare caso dell'infezione da Covid-19 che ha rappresentato, soprattutto nella c.d. prima ondata [...], una condizione di *impossibilità* di garantire la sicurezza delle cure per fatto non imputabile alla struttura sanitaria » (corsivi nostri). La dedotta circostanza assumeva un duplice ruolo, in quanto idonea a « escluder[e] la responsabilità ex art. 1218 c.c. [e] riconoscere quella condizione di speciale difficoltà configurata dall'art. 2236 c.c. »: in questo senso, venivano considerati – quali nozioni di fatto di comune esperienza (art. 115, secondo comma, c.p.c.) – la mancata conoscenza del virus, l'assenza di linee guida e di prassi per il contenimento di questo e la cura delle relative patologie e la limitata disponibilità di test per la diagnostica.

Ora, se, per un verso, il Tribunale sembrava quindi ammettere l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. all'attività della struttura ospedaliera, per un altro, laddove concludeva che questa « si trovava in quel momento storico (al quale devono retroagire tutte le valutazioni in punto di causalità) nell'oggettiva impossibilità di offrire quello standard di sicurezza nelle cure cui si era obbligata anche nei confronti del paziente [...] », pareva unicamente valorizzare l'esclusione della responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c.

D'altro canto, si procedeva a compensare le spese proprio in ragione della « particolarità del caso in esame e la mancanza di precedenti utili ad orientare l'iniziativa giudiziaria [...] ».

Altrettanto rilevante ai nostri fini appare l'ordinanza con cui il Tribunale di Bologna¹²¹⁸ dichiarava l'inammissibilità del ricorso promosso ai sensi del combinato disposto degli artt. 8 della l. 24/2017 e 696-bis c.p.c.: un simile esito, per vero, si giustificava in ragione di questioni più attinenti alle regole processuali in tema di obbligatorietà della c.t.u. (che, almeno in questa sede, non serve ripercorrere).

¹²¹⁷ Trib. Sassari, 15 settembre 2023, n. 898, in *Resp. med.*, 8 novembre 2023, con breve nota di M. CHIRONI, *Non sussiste alcuna responsabilità della struttura sanitaria per la contrazione del virus Covid-19 nell'ipotesi di rispetto degli standards previsti nella primissima ondata del contagio*.

¹²¹⁸ Trib. Bologna, 26 aprile 2022, R.G. n. 1330/2022, in *Resp. med.*, 5 maggio 2022, con breve nota di S. CAZZANTI e M. LIGNINI, *Dal Tribunale di Bologna una prima sintesi sugli ATP in materia di Covid-19 e responsabilità delle RSA*.

Al di là delle ragioni del rigetto, l'ordinanza può apprezzarsi nella parte in cui legava la verifica della responsabilità della struttura resistente non solo ad una prova da fornire « attraverso il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche » ma anche alle « circostanze di fatto che connotano il singolo caso in esame, sia con riferimento alla generale organizzazione di tale struttura, sia con riferimento alle concrete contingenze del momento in cui si verificava l'evento dannoso, sia con riferimento all'ottemperanza della struttura medesima alle direttive [allora] vigenti [...] », le quali, in assenza di linee guida, almeno nella prima fase di manifestazione dell'emergenza, potevano costituire parametri utili per l'analisi (« non di tipo medico in senso stretto ») della condotta di prevenzione posta in essere dalla struttura.

Un'ulteriore fattispecie di infezione nosocomiale da Covid-19 era stata posta al vaglio del Tribunale di Vicenza¹²¹⁹. A fondamento del rigetto della domanda di condanna il Giudice poneva, anzitutto, la mancata prova del nesso di causalità, poiché sarebbe apparso “più probabile che non” che la paziente avesse contratto il virus prima del ricovero. Ad ogni modo, anche ammettendo la natura nosocomiale dell'infezione, prima si deduceva l'adempimento da parte della struttura convenuta in ragione dell'effettivo rispetto dei protocolli vigenti, poi, si passava a valorizzare la « assoluta novità della patologia pandemica e [la] drammatica emergenza che per un certo tempo ha prostrato l'intero Servizio Sanitario Nazionale » al fine di attivare la liberazione da responsabilità – dei medici ospedalieri, non evocati in giudizio, peraltro estranei rispetto ad una condotta propria del nosocomio: l'infezione – di cui all'art. 2236 c.c., con il risultato che « i medici ospedalieri intervenuti nella fattispecie potrebbero rispondere dei danni poi verificatisi (ossia la morte della paziente medesima) solo in caso di dolo o colpa grave ». Per queste vie, si giungeva ad escludere l'omissione di una « condotta professionale esigibile ».

Si tratta allora di comprendere se la tendenza all'affermazione di una (ir)responsabilità in capo alle strutture continuerà ad essere affermata (e su quali basi normative) in occasione delle pronunce di prossima pubblicazione.

3. Una possibile soluzione: il ricorso al metodo dei *no-fault compensation funds*

Anche in considerazione del sostanziale accoglimento, in giurisprudenza, dei percorsi interpretativi tracciati *de jure condito* dalla dottrina, può ritenersi provvisoriamente confermata l'autosufficienza delle vigenti regole di responsabilità civile nell'apprestare una tutela alla

¹²¹⁹ Trib. Vicenza, 2 febbraio 2023, n. 262, in Banca dati *OneLegale*.

classe medica, quale potenziale danneggiante, durante le prime fasi dell'emergenza pandemica; a questo specifico fine, quindi, potrebbe escludersi l'esigenza di interventi normativi *ad hoc*, specie di natura emergenziale.

Eppure, come si anticipava, l'attenzione della letteratura sembra sia stata tutta rivolta alla deresponsabilizzazione, per ragioni certamente comprensibili, degli esercenti, trascurando tuttavia di contemperare le esigenze di tutela dei danneggiati (e dei loro eredi)¹²²⁰.

L'ipotesi che si avanza si traduce, quindi, nella ricerca di soluzioni rimediali al di fuori del perimetro di responsabilità civile strettamente intesa, per attingere invece al metodo indennitario fatto proprio dai *compensation funds*, i quali, anche in ragione delle caratteristiche sopra descritte (cfr. Capitolo III – Parte I), sembrano potersi ben atagliare al quadro storico, sociale e giuridico fatto proprio dagli eventi pandemici¹²²¹.

3.1. Quale fondamento? Il principio di solidarietà sociale

Come emerge dall'analisi della letteratura più autorevole, la portata rivestita dalla solidarietà all'interno della teoria dell'illecito civile è stata oggetto di articolate ricostruzioni.

Per un verso, si è argomentato che tale principio costituzionale, lungi dall'essere interpretato restrittivamente, trova la propria specificazione nel riferimento al danno (meglio, al carattere di ingiustizia di questo) e ne permea i criteri di selezione. In effetti, è proprio nel passaggio di attenzione dalla figura dell'agente a quella della vittima, inserito nel più ampio contesto di un « generale processo di obiettivizzazione del [...] giudizio di responsabilità »¹²²², ove è possibile cogliere la portata della solidarietà, cui l'ingiustizia si rapporta quale giudizio di valore: « [...] la considerazione primaria della posizione del danneggiato richiama immediatamente il

¹²²⁰ Ad onor del vero, vi è chi, in letteratura, ha proposto l'introduzione di piani indennitari. La ricostruzione senz'altro più convincente è formulata da G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit., 11 ss., nonché ID., *I danni subiti da CoViD-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, cit., 136 ss. e da U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 62 ss.

Cfr. anche J. KNETSCH – K. WATTS, *What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related injury?*, cit.

¹²²¹ In tempi non sospetti, V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 338, pur escludendo il ricorso ad un sistema indennitario per la responsabilità sanitaria, ammetteva che la prospettiva di un indennizzo « non [potesse] essere esclusa *a priori* e [potesse] rendersi necessaria in casi di eventi di danno alla salute diffusi e di grandi dimensioni, come in passato per il danno da vaccinazioni obbligatorie e da trasfusioni di sangue infetto ».

¹²²² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 107 s.

ricordato principio di solidarietà, inteso come limite generale dell'operare dei soggetti, e di cui l'ingiustizia si palesa come diretta manifestazione nell'ambito della responsabilità civile »¹²²³. Seguendo una linea parimenti estensiva, altrove si è considerato che il principio di solidarietà, comunque insuscettibile di appiattirsi nella mera traduzione costituzionale dell'ingiustizia, avrebbe svolto la funzione, da un lato, di superare l'intendimento della responsabilità alla stregua di pura giustizia commutativa e, dall'altro, pur senza ridurre la stessa ad una « questione di giustizia distributiva », avrebbe consentito all'interprete « di tenere presente come fondamentale questo risvolto »¹²²⁴.

Pur prendendo atto del cennato mutamento di prospettiva dal responsabile dell'illecito al danneggiato, si è fermi nel valorizzare, come limite invalicabile all'ingresso del principio solidaristico, la dimensione bilaterale della responsabilità civile e, a questa correlato, il trasferimento del costo del risarcimento su di un preciso soggetto¹²²⁵; il riferimento costituzionale alla solidarietà, quindi, non sarebbe tale da forzare tali categorie, giacchè « nel giudizio di responsabilità la protezione delle vittime dei danni è conseguita ponendone il costo a carico di un altro consociato, e non può quindi assorbire la funzione sociale dell'istituto »¹²²⁶; a logiche diverse, invece, rispondono i « sistemi compensativi posti a carico dell'intera collettività »¹²²⁷.

L'intensa valorizzazione del principio di solidarietà ha portato una certa dottrina a precisare come la responsabilità civile non possa comunque farsi portatrice di istanze di sicurezza sociale, che non le sono proprie, poichè, diversamente, un regime eclettico – ove si manifesta, cioè, la « tendenza all'indistinzione tra strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale » – poichè sovrapporrebbe modelli distinti da un punto di vista concettuale ed operativo, finirebbe per contaminare la « purezza normativa [dell'] art. 2043 »¹²²⁸.

Calato nella dimensione della salute, intesa quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, al valore-dovere della solidarietà si assegna un primo ruolo di parametro guida

¹²²³ Cfr. di nuovo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 109.

¹²²⁴ Questo il pensiero di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 133 ss. (in part. 140 s.), che, pur condividendo le premesse del pensiero di Rodotà, ne critica gli esiti, sostenendo che la solidarietà debba riferirsi al piano dei criteri di imputazione del fatto (non già all'ingiustizia).

¹²²⁵ Cfr. l'opera di C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, 24 ss.

¹²²⁶ La citazione appartiene a C. SALVI, *op. cit.*, 25.

¹²²⁷ C. SALVI, *op. ult. cit.*, 25.

¹²²⁸ Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., 664 ss. e 674.

che consente di orientare la corretta organizzazione ed erogazione dell'assistenza sanitaria, garantendone l'effettività secondo principi di uguaglianza¹²²⁹.

Parimenti, anche sul piano dei rapporti privati la salute – e, in specie, la sua lesione – sono attraversate da un'istanza solidaristica: il risarcimento del danno (biologico) diviene, per questa via, uno strumento che ristabilisce il danneggiato nel suo pieno sviluppo e ne garantisce la piena esplicazione della dignità sociale¹²³⁰. In definitiva, allora, « Il danno alla salute, oltre ad apparire [...] una figura unitaria, non appartenente alla sola area della responsabilità civile, si palesa poi come un tipo di pregiudizio alla cui tutela convergono forti ragioni di solidarietà, ossia come un danno che, se pur si specifica nella lesione della integrità psico-fisica della persona, ha come obiettivo ultimo la protezione della dignità umana »¹²³¹.

Sotto questa prospettiva, come ricordato, il danno biologico costituisce un eccellente banco di prova delle recenti tendenze espansive della responsabilità civile: una verifica si trae, ad esempio, da quella fuga dalle ordinarie regole codicistiche (per un approdo ai c.d. diritti secondi¹²³²) testimoniata dalla legislazione antinfortunistica.

Correttamente si osserva come la spinta, sempre crescente, verso meccanismi di impronta solidaristica di riparazione del danno alla persona non debba comunque sviare verso la « tentazione perversa dei falsi solidarismi »; al contrario, sintomi di solidarietà autentica si colgono nella garanzia di una più equa distribuzione delle risorse economiche disponibili, specie laddove limitate, in specie privilegiando la riparazione delle lesioni di maggiore gravità¹²³³.

Analogamente, altra parte della dottrina è giunta a sostenere – pur con un certa ambizione – che la piena attuazione del principio solidaristico presupporrebbe che la reintegrazione della salute di un soggetto, danneggiato dall'attività sanitaria, e il conseguente riposizionamento sociale ed economico di questi (che risponde ad un preciso interesse, anche egoistico, della collettività),

¹²²⁹ Come rileva F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contr. impresa*, 2018, 126 ss., queste appaiono le premesse all'istituzione del Sistema sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) che, nel superare il precedente modello mutualistico, si ispira ad una logica « ad un tempo “universale” e “solidaristic[a]”, nel senso che, per un verso, opera per tutti i cittadini secondo un principio di uguaglianza di dignità umana (artt. 2 e 3) e, per altro verso, tutti i cittadini sono obbligati a sostenerne il costo attraverso la fiscalità [...] ».

¹²³⁰ D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, cit., 21 s.

¹²³¹ Il testo appartiene al lavoro di D. POLETTI, *op. cit.*, 323 s.

¹²³² Più diffusamente, cfr. C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., 20 ss.

¹²³³ La citazione è di D. POLETTI, *op. ult. cit.*, 324. L'Autrice si riferisce, in particolare, alla tendenza giurisprudenziale verso forme di danno presunto o *in re ipsa*, che, per ragioni equitative, impongono una forzatura delle regole del sistema di responsabilità.

fosse affrancata dalla necessità di una dichiarazione di responsabilità¹²³⁴; accertamento dal quale la logica del meccanismo indennitario – che si radica sulla sola dimostrazione di un nesso causale – non pare, invece, dipendere negli stessi termini.

Peraltro, spezzata la stretta interdipendenza che lega il riconoscimento di un ristoro all'attribuzione di una colpa in capo all' esercente e ricollocando al centro dell'attenzione la mera lesione alla salute, ad uscire enfaticamente è quel « clima di collaborazione tra attività sanitaria e ambiente giudiziario, che possa ridurre i costi crescenti della c.d. medicina difensiva e del contenzioso surrettizio »¹²³⁵.

Ora, compiuta questa precisazione, può rilevarsi che, nella misura in cui presuppongono la necessaria individuazione di un soggetto (da accertare come responsabile), cui poter trasferire il costo economico del risarcimento, le logiche squisitamente privatistiche e bilaterali su cui si fonda la meccanica della responsabilità civile non paiono dare adeguata risposta a situazioni di *mass torts* (contenzioso di massa)¹²³⁶; eventi di danno, come quelli pandemici, che, oltre a caratterizzarsi per una significativa magnitudo ed intensità dei riverberi pregiudizievoli, sfuggono ad un'affermazione di responsabilità individuale, per la mancanza di colpa del singolo o per la difficile integrazione di un rischio certo a carico alle strutture, chiamate alla buona organizzazione della prestazione sanitaria (o, ancora, per la dimostrazione, invero ardua, di una responsabilità, a titolo di colpa, in capo alle amministrazioni regionali e statali, deputate alla tutela – anche in termini di attività di prevenzione – della salute).

Il carattere della bilateralità, in questi casi, lascia quindi spazio ad un diverso principio di collettivizzazione del rischio (o, se si preferisce, di sicurezza sociale latamente intesa), permettendo all'attore istituzionale per eccellenza, lo Stato, di rompere la logica strettamente

¹²³⁴ Cfr. l'analisi dello stesso F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, cit., 1284 ss.

¹²³⁵ F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, cit., 137.

¹²³⁶ Sul punto, anche con riguardo ai profili oggetto di trattazione, cfr. G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 327 ss.: « quando la «quantità» dei danni è tale da determinare una più rilevante «aggressione» alle caratteristiche consuete della responsabilità civile, più forte si fa l'esigenza di trovare nuovi percorsi di tutela, senza limitarsi al piano della gestione individuale della controversia ».

Come insegna R.L. RABIN, *Some Thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme*, in *Maryland Law Review*, 52, 1993, 951 ss., proprio i «*mass tort cases*» hanno costituito terreno di una tensione tra le regole ordinarie di responsabilità e il modello alternativo *no-fault*. In ogni caso, almeno rispetto all'esperienza nordamericana, all'insorgere di un contenzioso di massa non seguirebbe necessariamente – rileva l'A. – un intervento di tipo *no-fault*: « While the mass latent injury situation - as in the case of asbestos - may represent the most troublesome dimension of this litigation phenomenon, not every instance of catastrophic injury falls within even a broad definition of toxic harm. Correlatively, not every instance of mass tort litigation involves the complex problems of determining causation and allocating responsibility that is endemic to the toxics litigation » (ivi, 953).

binaria dei rapporti privatistici di responsabilità, per farsi carico di garantire un ristoro a chi abbia subito un danno.

In effetti, la sottrazione alle regole ordinarie di responsabilità civile e l'approdo a sistemi alternativi – solidaristici, come si vedrà – per la determinazione del danno sembra, in linea generale, motivato dalla tutela di una pluralità di classi di interessi tutti superindividuali.

Emerge, anzitutto, un *favor* espresso nei confronti di taluni soggetti, potenzialmente responsabili dell'illecito, in ragione dell'attività da questi svolta, ritenuta meritevole di considerazione¹²³⁷: in questa direzione sembra, quindi, collocarsi la tutela degli operatori sanitari in relazione alle condotte pregiudizievoli causate dalla contingenza degli eventi pandemici.

Al vero centro dell'instaurazione di schemi indennitari si pone, in realtà, la tutela del danneggiato; soggetto che, in assenza di un fondo, rimanendo, nella gran parte dei casi, privo di una forma di ristoro, si vedrebbe costretto ad affrontare autonomamente le conseguenze del pregiudizio.

L'obiettivo è, a ben vedere, identico a quello fatto proprio dai fondi indennitari che, da tempo, si occupano, ad esempio, di compensare il pregiudizio conseguente ad una vaccinazione o al contatto col sangue infetto (legge n. 210/1992). Identica sarebbe, altresì, la sua giustificazione razionale: il dovere, cioè, di solidarietà sociale (*ex art. 2 Cost.*)¹²³⁸ – valore, questo, diffuso e specificamente bifronte, perché mira, in via primaria, alla tutela del danneggiato, senza però trascurare le ragioni del responsabile dell'illecito.

D'altro canto, non sembra che la giurisprudenza, nel verificare l'incidenza solidaristica nei rapporti di responsabilità, abbia, nel tempo, mantenuto rettamente saldo un paradigma di distinzione tra regole risarcitorie e meccanismi indennitari di sicurezza sociale.

Provando ad operare una selezione nell'ambito di una casistica sterminata, si segnala come, in una prima occasione, la Corte Costituzionale¹²³⁹, chiamata a pronunciarsi in ordine alla (pretesa) illegittimità costituzionale dell'art. 21, primo, secondo e terzo comma, della legge 24

¹²³⁷ G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, cit., 328 ss.

¹²³⁸ Proprio sul principio di solidarietà sociale si fonda la soluzione avanzata da M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020, 3 ss., ove l'A. ipotizza di destinare una parte dell'importo riconosciuto al danneggiato a titolo di risarcimento, a beneficio della salute collettiva: una sorta di « patrimonio destinato con un conto dedicato a fungere da collettore degli importi versati dai responsabili e dalle loro assicurazioni » (*ivi*, 4). Tale proposta, per quanto condivisibile nelle premesse valoriali, non sembra, però, fare i conti, anzitutto, con la previa individuazione di un soggetto responsabile e, in caso positivo, con la necessità di verificare se e in quale misura l'impresa assicuratrice debba intervenire a copertura del danno.

¹²³⁹ Corte Cost., 29 dicembre 1981, n. 202, in Banca dati *OneLegale*.

dicembre 1969, n. 990 (relativa all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), con riguardo al Fondo di garanzia per le vittime della strada, avesse concluso che « la mancata individuazione del responsabile esula dallo schema tipico della responsabilità aquiliana conferendo alla prestazione del Fondo di garanzia la natura di un indennizzo, più rispondente ai principi di solidarietà, anziché i caratteri di un risarcimento nel senso proprio del termine », per poi affermarne, qualche anno più tardi¹²⁴⁰, la natura risarcitoria (« non già indennitaria »), ritenuta non incompatibile col carattere solidaristico portato dal fondo, poi tralaticciamente ribadita.

In realtà, maggiore interesse e centralità sembra rivestire l'analisi dei repertori in materia di fondi indennitari *tout court*, categoria che, come visto, in ragione dei suoi caratteri e della sua natura, ben può distinguersi da quella dei fondi di garanzia, sopra citati, che invece presuppongono, sostituendolo, un vaglio di responsabilità.

In questa, diversa, sede, il principio di solidarietà ha trovato una pluralità di declinazioni. Può guardarsi, ancora, all'intervento normativo in favore dei danneggiati da vaccinazioni e dal contatto col sangue infetto, salutato come la prima vera e propria irruzione del danno biologico all'interno della sicurezza sociale, che, per le ragioni già ampiamente discusse, senz'altro può ritenersi appartenere alla categoria del fondo indennitario di tipo compensativo¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 560, in *Foro it.*, 1989, I, 583. Tale principio veniva poi confermato dalla giurisprudenza di legittimità nonchè, di recente, da Cass., sez. un., 7 luglio 2022, n. 21514, cit., secondo cui « [il] carattere solidaristico non esclude nè limita in alcun modo la natura risarcitoria e non già indennitaria della prestazione garantita dall'intervento del Fondo [...] e ciò, secondo l'opinione prevalente, tenuto conto dello stretto legame tra la prestazione del Fondo e l'accertamento della responsabilità civile in capo al soggetto danneggiante. In questa prospettiva, l'istituzione del Fondo è stata intesa non come volta a riconoscere, in ogni caso, un'indennità ai danneggiati, come avviene negli ordinamenti in cui il sistema assicurativo è di tipo *no fault insurance*, prescindendo cioè dal profilo soggettivo del dolo o della colpa, ma come prestazione che, "sostituendosi" al risarcimento dovuto al responsabile civile del sinistro, presuppone che sia ascrivibile al dolo o alla colpa di questi la responsabilità del sinistro.

16. Il carattere solidaristico dell'obbligazione posta *ex lege* in capo all'impresa designata per il Fondo, ispirato [...] da finalità pubblicistiche e sociali poste a presidio della disciplina di settore e a tutela delle vittime della circolazione stradale e accentuato dalle ricordate modalità di alimentazione, conforma nettamente la natura e la disciplina dell'azione prevista dal comma 1 dell'art. 292 del D.Lgs. n. 209, 2005 [...], che risultano del tutto peculiari.

All'esigenza, considerata di pubblico interesse, di garantire il risarcimento dei danni alle vittime della strada nel caso di inoperatività o di inesistenza di una polizza assicurativa relativa al veicolo che ha causato il sinistro non può che accompagnarsi anche l'esigenza di assicurare un efficace recupero del sacrificio solidaristicamente imposto dalla legge all'impresa designata ».

¹²⁴¹ D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, cit., 309.

L'attenzione deve subito soffermarsi proprio sulla sentenza con la quale, dietro l'impulso del Tribunale di Milano¹²⁴², la Corte Costituzionale¹²⁴³ dichiarava, in forza del parametro dell'art. 32 della Carta, l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 della legge n. 51/1966 (in materia di obbligo vaccinale antipoliomielitico): l'intervento di una misura di ristoro per i danni alla salute derivanti dalla sottoposizione ad una vaccinazione obbligatoria, infatti, si giustificava in considerazione di un principio di solidarietà tra individuo e collettivo, capace di meglio bilanciare la dimensione individuale e collettiva della tutela della salute. A valle di queste considerazioni, si invitava il legislatore a provvedere all'istituzione di un rimedio dalla natura indennitaria – imposto, nuovamente, da principi di solidarietà e giustizia distributiva¹²⁴⁴ – differenziato dai Giudici dalla tutela risarcitoria¹²⁴⁵, in quanto fondato sulla riconducibilità meramente oggettiva del pregiudizio al trattamento sanitario e su di una liquidazione equitativa, comunque idonea a coprire « tutte le componenti del danno stesso ».

Pure a seguito dell'approvazione della legge n. 210/1992, la traiettoria della solidarietà veniva costantemente seguita dalla Corte Costituzionale, la quale, chiamata a prendere posizione in merito all'estensione del beneficio ai danneggiati da vaccinazione solo raccomandata¹²⁴⁶, affermava, a più riprese, che proprio in quanto il singolo si espone ad un rischio per la propria salute anche per il soddisfacimento di un interesse pubblicistico, il peso delle relative conseguenze dannose avrebbe dovuto, in ultima analisi, essere traslato sulla comunità statale: pertanto, « La ragione determinante del diritto all'indennizzo [...] risiede piuttosto nelle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività, laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato) effettuato anche nell'interesse della collettività »¹²⁴⁷.

¹²⁴² Trib. Milano, 20 dicembre 1990, cit., secondo il quale la mancanza di forme solidaristiche di tutela deputate ad intervenire in caso di danno derivante dalla sottoposizione, anche per il beneficio collettivo, ad una vaccinazione avrebbe del tutto frustrato la garanzia che la Costituzione assegna all'integrità psico-fisica della persona.

¹²⁴³ Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit. Per una ricognizione più ampia ed esaustiva, si rinvia al Capitolo I – Parte II – § 5 ss.

¹²⁴⁴ Tale riferimento emerge anche nell'ambito dei lavori preparatori della legge n. 210/1992. Non è certo casuale, infatti, che la sentenza Corasaniti sia stata spesso oggetto di citazione nell'ambito dei lavori parlamentari alla legge 210. In questo senso, cfr. Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 118, cit., par. 8, ove riferisce che « del riferimento alla quale [n.d.a. a Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.] i lavori preparatori portano traccia abbondante ». Si legga, a tal riguardo, la proposta di legge n. 5239 presentata dal deputato Pisicchio il 15 novembre 1990.

¹²⁴⁵ Questo aspetto veniva ribadito anche da Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, cit., che concepiva il ristoro alla stregua di una « misura economica di sostegno aggiuntiva », autonoma e dalla natura solidaristica.

¹²⁴⁶ Per un approfondimento sul punto, si permetta il rinvio ad A. VOLPATO, *Sui mobili confini dell'indennizzo da vaccinazione (raccomandata)*, cit., 79 ss.

¹²⁴⁷ Tale considerazione è svolta, tra le molte, da Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268, cit., par. 6.

Una preziosa declinazione del principio di solidarietà sembra ricavarsi, infine, dalla letteratura comparatistica, ove questo è interpretato dai valori-doveri di “*community responsibility*”¹²⁴⁸ e “*solidarité nationale*”¹²⁴⁹, i quali parimenti impongono, pur con le dovute distinzioni, un intervento collettivo che miri al soddisfacimento di esigenze di giustizia distributiva.

In definitiva, tanto la giurisprudenza costituzionale quanto, in senso non dissimile, il legislatore sembrano aver ricavato proprio dal principio di solidarietà (oltre a quello, speculare, di giustizia distributiva) – quale valore in sé concludente e strumento per la corretta comprensione delle dimensioni del diritto alla salute – una giustificazione normativa per la creazione di uno schema di indennizzo *tout court*, al quale, pertanto, considerate le profonde analogie di fondo sopra descritte, può farsi riferimento per la creazione di un piano di ristoro in reazione agli eventi avversi sanitari da Covid-19.

In risposta alla possibile obiezione¹²⁵⁰ circa l’insufficienza del principio solidaristico¹²⁵¹ a spiegare la giustificazione razionale del fondo, può osservarsi che l’apparato normativo non risulta certo circoscritto al (più che abusato) riferimento al paradigma dell’art. 2 Cost. Al contrario, questo si presenta composito, occupando diversi gradi della gerarchia delle fonti: anzitutto, l’enunciazione del diverso art. 32 Cost. trova una sua prima declinazione nel disposto dell’art. 1 della legge n. 24/2017¹²⁵², il quale eleva la sicurezza delle cure, definita parte

¹²⁴⁸ Cfr. ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS’ COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, cit., 39, ss., cui si rinvia.

¹²⁴⁹ La locuzione si rintraccia, ad esempio, nella legge istitutiva Loi n° 2002-303 del 4 marzo 2002. Eppure, come rileva J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d’indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 264 ss., deve chiedersi se il riferimento alla “solidarietà nazionale” sia concludente. A tal riguardo, l’A. preferisce aderire alla teoria del “danno socialmente condizionato”, di origine tedesca, la quale – in breve – si fonda sull’assunto che i cambiamenti della società (ad esempio, il progresso tecnologico e scientifico) sarebbero all’origine dei danni e imporrebbero, quindi, un intervento collettivo di riparazione. Tra le varie categorie di danni, rientrano anche i pregiudizi derivanti dall’attività sanitaria, oltre ai comportamenti direttamente ed indirettamente riconducibili alla responsabilità dello Stato.

¹²⁵⁰ In questo senso, cfr., con tono critico, L. OLIVERI, *Responsabilità medica e pandemia; una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, in *Danno resp.*, 2022, 161 ss. (in part. 167) e, in termini più sfumati, C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, cit., 140 ss., specie nella misura in cui l’A. ammette la possibilità di integrare il riferimento al principio solidaristico ai fini dell’erezione di un sistema indennitario attraverso una valutazione complessiva « di efficienza, nel sistema, di una ‘risposta’ di tipo indennitario ».

¹²⁵¹ La solidarietà, peraltro, non è certo vicenda a rilevanza meramente interna: la Carta di Ottawa, ad esempio, firmata in occasione della Prima Conferenza Internazionale sulla Promozione della Salute (1986), gli artt. 2, 3 e 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e, ancora, l’art. 2 del Trattato sull’Unione Europea, ne costituiscono chiare esemplificazioni. Cfr. l’analisi di F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, cit., 128 ss.

¹²⁵² R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, cit., 5, rileva che la legge ha recepito le indicazioni della direttiva UE n. 2011/24, specie con riguardo proprio alla sicurezza delle cure. Cfr., sul punto, il Capitolo II.

integrante e costitutiva del diritto alla salute, ad interesse del singolo, oltrechè della collettività. Il perseguimento di tale sicurezza si estrinseca, peraltro, in attività di prevenzione e gestione del rischio sanitario, cui sono chiamati a partecipare, senza esclusioni, tutti i soggetti coinvolti nell'erogazione delle cure: in senso peraltro coerente con i più recenti studi in materia di gestione dell'errore¹²⁵³, l'accento è posto sull'organizzazione nel suo complesso.

Per quanto (apparentemente ed enfaticamente) programmatica, la norma è esemplificativa dell'attenzione che, correttamente, il legislatore ha di recente riposto nel fenomeno della prevenzione del rischio, e viene comunque completata, quindi resa operativa, dalla previsione di obblighi di *clinical risk management*¹²⁵⁴ sull'intera catena del rischio clinico, fino ad arrivare al SSN¹²⁵⁵.

La giustificazione razionale del metodo indennitario, peraltro, oltre a poggiare sull'argomento della solidarietà, troverebbe il suo completamento in un principio di efficienza¹²⁵⁶: nella necessità, cioè, di neutralizzare il rischio legale¹²⁵⁷ – e i costi risarcitori da questo conseguenti

¹²⁵³ Cfr. Capitolo III – parte I.

¹²⁵⁴ Sui quali (artt. 2-4 e 16, l. 24/2017) si rinvia al lavoro di M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 159 ss., il quale ne evidenzia il carattere tanto sistemico-centrale, quanto locale ed operativo. Nell'opera di Faccioli si traggono ulteriori riferimenti di iniziative europee e nazionali (precedenti ai recenti interventi del legislatore), sempre in punto di *risk management* e sicurezza delle cure: un quadro, almeno in un primo momento, « disordinato e farraginoso », poi completato dalla previsione di un « sistema piramidale di gestione del rischio sanitario che coinvolge una pluralità di soggetti, alcuni anche di nuova istituzione, distribuiti su diversi livelli » (*ivi*, 176).

Le implicazioni di questi obblighi – ivi compresa un'espansione dell'area della responsabilità (omissiva) – sono brevemente descritte da M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 79 ss. Correttamente evidenzia G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, cit., 270, che solo la comprensione analitica circa l'entità del contenzioso sanitario consentirebbe di meglio realizzare obiettivi di prevenzione.

I riscontri operativi di queste direttive appaiono, tuttavia, modesti; né appaiono incentivati dalla previsione dell'art. 2, quarto comma, secondo cui tali attività non debbano essere compiute « senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica ». Cfr. sul punto F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, cit., 1288 ss.

¹²⁵⁵ In questo senso depone, altresì, la legge istitutiva del Servizio Sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), inteso come mezzo per assicurare la tutela della salute – nuovamente definita « fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività » – « nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana ». Soprattutto, secondo l'art. 2, la garanzia di questo diritto deve passare anche attraverso la dimensione della prevenzione delle malattie e degli infortuni.

¹²⁵⁶ Cfr. anche U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 79 s.

¹²⁵⁷ Pur contenuto, vista la difficile giustiziabilità dei danni da atto sanitario nel quadro che ci occupa, ma non certo assente.

(e, almeno per la sanità pubblica, in ultima analisi ricadenti proprio sulle pubbliche finanze¹²⁵⁸)
– attraverso una soluzione indennitaria, sostanzialmente transattiva.

3.2. Le funzioni del “Fondo indennitario Covid-19”: tra compensazione e deterrenza

Nella formulazione di una proposta¹²⁵⁹ per l’istituzione (per via legislativa¹²⁶⁰) di un piano d’indennizzo *no-fault*, è bene considerarne, in un primo tempo, gli apporti, avendo sempre riguardo, come punto di riferimento di queste riflessioni, alle funzioni assegnate alla responsabilità civile¹²⁶¹.

Poiché s’intende ricorrere alla tassonomia formulata da Knetsch (cfr. Capitolo III – parte I) a proposito dei *compensation funds* d’oltralpe, il “Fondo indennitario Covid-19” può definirsi, anzitutto, “retrospettivo”¹²⁶²: un fondo, cioè, circoscritto, quanto al suo ambito di applicazione, ad un evento dannoso verificatosi nel passato.

Come corollario di questa prima enunciazione, il fondo è destinato ad avere una durata limitata nel tempo: la natura temporanea si coglie agevolmente per la circostanza che, una volta assegnato un ristoro ai danneggiati da eventi già terminati, la *ratio* stessa del fondo viene ad esaurirsi.

¹²⁵⁸ V. sul punto la convergente considerazione di V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 338-340, secondo cui « condannare al risarcimento un ente pubblico comporta semplicemente trasferire la spesa sulla fiscalità generale, oppure, peggio, sottrarre risorse al funzionamento del servizio sanitario ».

¹²⁵⁹ Conviene procedere, anzitutto, ad una considerazione preliminare. Tracciare, nel dettaglio, le caratteristiche e il perimetro applicativo del fondo non è certo questione di solo appannaggio delle scienze giuridiche: al contrario, la specifica definizione dei contorni di questa proposta non può che richiedere uno sforzo multidisciplinare, se non altro per la comprensione medica e statistica – peraltro, tuttora carente – del fenomeno. Un approccio consapevole e metodologicamente rigoroso, quindi, impone di mantenere l’analisi su di un sufficiente livello di astrattezza giuridica tale da indagare, anzitutto, la più ampia compatibilità di un simile metodo indennitario all’ambito interessato.

¹²⁶⁰ Correttamente rileva G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 154 ss., che il compito di istituire meccanismi indennitari non potrebbe che spettare al legislatore attraverso un’apposita previsione normativa: l’esperienza neozelandese e statunitense, infatti, « costituiscono [...] una precisa conferma dell’ineluttabilità di una decisione collettiva che non può non trovare nello strumento legislativo il suo tramite istituzionale ».

¹²⁶¹ Come si vedrà, l’attenzione verrà particolarmente soffermata sulla quantificazione del danno. A tal riguardo, E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 506 ss., rileva, in effetti, che « La riflessione sulle funzioni del risarcimento per danni non patrimoniali nasce in simbiosi con il tentativo di quantificazione dei medesimi ».

¹²⁶² J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d’indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 93 ss., il quale rammenta come la distinzione tra fondi prospettivi e fondi retrospettivi consentirebbe di meglio distinguere gli obiettivi politici da ciascuno di questi perseguiti, quindi l’origine degli stessi. Cfr. Capitolo III – Parte I – § 3.1.

Posto che nella creazione di un fondo retrospettivo non può che guardarsi al passato, sembra davvero agevole sciogliere l'eventuale obiezione di chi, avendo cara l'esigenza a che l'illecito civile si faccia promotore di istanze preventivo-deterrenti¹²⁶³, ne contesta l'insufficienza nell'ambito degli schemi indennitari non colposi.

Ora, che i piani *no-fault* possano difettare – in linea generale ed astratta – di promuovere un effetto di prevenzione nei confronti dei potenziali danneggianti, non sembra affermazione facilmente contestabile: nella misura in cui, al verificarsi di un evento dannoso, il riconoscimento di un ristoro prescinde dall'affermazione della responsabilità dell'autore, questi, non essendo chiamato a rispondere in via diretta del proprio fatto illecito, potrebbe essere portato a non adeguare, per il futuro, vista la mancanza di incentivi (o, per meglio dire, del timore di una condanna risarcitoria), le proprie condotte ad opportuni standard di diligenza; ciò, sul presupposto – ancora da dimostrare – che la prevenzione dei danni iatrogeni non possa che passare dalla minaccia di una sanzione civilistica nei confronti della classe medica¹²⁶⁴.

¹²⁶³ Si segnala il recente scritto di A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022 e, da ultimo, ID., *Il problema della responsabilità civile (compensativa) in un mondo asimmetrico*, in *Danno resp.*, 2023, 567 ss., il quale elabora una categoria di danno ultracompensativo anche al fine di recuperare adeguati livelli di deterrenza.

Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, 18 ss. Per un'utile ricognizione in chiave comparatistica del fenomeno, si legga G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., 30 ss.: la *deterrence* « dovrebbe indurre i potenziali danneggianti a adottare le dovute precauzioni per rendere più sicura e meno pericolosa la loro attività [...] »; entrambi i fenomeni di *underdeterrence* e *overdeterrence* hanno, invece, costi sociali estremamente elevati. Al primo, infatti, non conseguirebbe alcun ampliamento dello standard di sicurezza né una riduzione del rischio di eventi dannosi; alla seconda fattispecie, invece, si collegherebbe, ad esempio, l'abbandono dell'attività imprenditoriale o professionale ovvero l'adozione di pratiche, per la classe medica, di medicina difensiva.

Secondo l'A., un sistema di sicurezza sociale, pur portando alla massima estensione obiettivi di riparazione, tende alla riduzione progressiva di istanze di deterrenza, poiché « i soggetti potenzialmente in grado di produrre l'attività fonte di danno generale o sociale saranno [...] portati ad abbassare la guardia della loro condotta, e non investiranno nella predisposizione di misure di sicurezza idonee ad evitare il ripetersi del danno » (*ivi*, 156 ss.). A temperamento di questo effetto, però, potrebbero giovare apposite modalità di finanziamento del fondo.

¹²⁶⁴ In questo senso si leggano le già ampiamente sviluppate considerazioni critiche di S.D. SUGARMAN, *Doing Away With Personal Injury Law*, cit., 7 ss., il quale squalifica la capacità deterrente della responsabilità civile. Sul punto, però, si consenta di rinviare alle considerazioni espresse nel Capitolo III – parte I – § 4.1. Sembra interessante evocare alcune parole di V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 339 ss., il quale, a proposito dell'effetto deterrente, sottolinea che « la condanna [...] ha un effetto deterrente quasi inesistente, anche perché, il più delle volte, l'errore medico è causato da disfunzioni organizzative e da una generale carenza di mezzi, rispetto ai quali il singolo medico non ha alcuna possibilità di intervenire [...] »: vengono così riprese alcune considerazioni espresse dalla letteratura straniera (già citata) a proposito dell'effetto di deterrenza nell'ambito della responsabilità sanitaria.

Come visto, però, tecniche di responsabilizzazione parallele ed accessorie all'illecito civile possono tentare di recuperare i limiti di prevenzione generati dal metodo *no-fault*¹²⁶⁵.

Ora, anche ad ammettere l'insufficienza di tali correttivi, appare chiaro – e immeritevole di tante considerazioni – che la deterrenza, come effetto in grado di orientare le condotte dei danneggiati, è in grado di intervenire solo *pro futuro*, cioè in un momento successivo al “fatto preventivo”. Tale carattere – logico, prima ancora che giuridico – risulta inconciliabile con la natura retrospettiva dello specifico fondo indennitario *de quo*: nessuna deterrenza dovrà, quindi, logicamente esplicitarsi nei riguardi degli attori complessivamente coinvolti preposti all'erogazione della prestazione sanitaria, i quali abbiano operato durante il periodo, ad oggi terminato, dell'emergenza sanitaria.

La prima (eventuale) obiezione in ordine al rischio di una deresponsabilizzazione della classe medica come conseguenza dell'istituzione di un fondo indennitario risulta, quindi, infondata¹²⁶⁶.

La finalità perseguita dalla creazione di un fondo nell'ambito *de quo* non differirebbe da quella tipicamente connotante gli altri schemi di tipo retrospettivo¹²⁶⁷: per un verso, infatti, s'intende canalizzare il contenzioso sul piano amministrativo, devolvendolo, per questa via, ad organi diversi dall'autorità giudiziaria, che quindi vedrebbe alleggerito il proprio carico; ad essere alleggerita sarebbe, inoltre, la pressione anche sul sistema assicurativo¹²⁶⁸, ove, com'è chiaro, si ammetta la doverosità di un intervento nei casi di cui si discorre.

Inoltre, la procedura – necessariamente amministrativa – volta all'erogazione dell'indennizzo dovrebbe ispirarsi a criteri di semplicità, rapidità, gratuità ed omogeneità così da perseguire un

¹²⁶⁵ Nuovamente, si permetta un rinvio al Capitolo III – parte I – § 4.1.

¹²⁶⁶ In ogni caso, pure prescindendo dalla precisa qualifica del fondo analizzato, come giustamente avverte C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., 34 ss., la tutela contro i danni avrebbe carattere ontologicamente retrospettivo: « Dovendo tendere a compensare le perdite sofferte dalla vittima dell'illecito, l'obbligazione risarcitoria è interamente focalizzata sul danneggiato, nonché esclusivamente orientata verso il passato. Pertanto, essa non riesce sempre a svolgere un'adeguata funzione di punizione del danneggiante e di prevenzione dell'illecito futuro ».

¹²⁶⁷ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 93 ss. rileva come l'istituzione di fondi retrospettivi sia sovente seguita all'affermazione di un coinvolgimento dello Stato – nella forma di una responsabilità politica (e, in taluni casi, pure giuridica) – nella dinamica di produzione dell'evento dannoso. Si pensi, a tal riguardo, ai fondi francesi FIVA e FITH, istituiti per fare fronte ai danni conseguenti, rispettivamente, dall'esposizione all'amianto o da sangue infetto.

¹²⁶⁸ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, cit., 140 ss. il quale osserva, correttamente, che l'urgenza di un allentamento di tale pressione è ancora più avvertita se si considera che, come già rilevato, « l'impresa assicurativa è un tassello importante nel complessivo disegno normativo della responsabilità civile sanitaria ed essa, di fronte ad un ulteriore incremento delle controversie in materia, potrebbe determinarsi ad uscire definitivamente dal corrispondente mercato ».

triplice ordine di obiettivi: per un verso, garantire, oltre ad una certa prevedibilità dell'esito, la possibilità, per il ricorrente, di difendersi senza l'ausilio di un esperto; per un altro, consentire, per il tramite del ristoro, la tempestiva reintegrazione sociale del danneggiato; infine, si osserva come solo il rispetto dei tratti procedurali descritti consentirebbe di incentivare i potenziali danneggiati a scegliere la via amministrativa, conseguendo un effetto deflattivo del contenzioso, oltre ad un reale potenziamento del sistema giurisdizionale in termini di tutela dei diritti.

Peraltro, l'interposizione di un organo neutrale e indipendente concorrerebbe ad una pacificazione dei rapporti tra danneggiato e responsabile dell'illecito, così soddisfacendo ambizioni di giustizia riparativa – per così dire – civilistica, considerata l'irrelevanza, in questo ambito, del reo e di un'esigenza di sua riabilitazione¹²⁶⁹.

Alle caratteristiche procedurali succintamente delineate farebbe, tuttavia, da contraltare la liquidazione di una somma ben più contenuta nel suo ammontare: un sollievo, cioè, più che un integrale risarcimento del danno¹²⁷⁰.

In effetti, la censura sovente mossa ai fondi indennitari inerisce proprio al profilo dell'inadeguatezza di questi sul piano riparatorio. Il superamento di questa obiezione, allora, impone l'analisi, sia pur inevitabilmente circoscritta e meritevole di ben altro approfondimento, della tormentata questione delle funzioni tradizionalmente assegnate alla responsabilità civile – *affaire* di recente rivitalizzato da un noto pronunciamento in tema di risarcimento punitivo¹²⁷¹. Lungi dall'aver trovato una propria definizione, la questione delle finalità del sistema di responsabilità civile sembra aver condotto all'affermazione di orientamenti specularmente opposti¹²⁷².

¹²⁶⁹ Prezioso è, nuovamente, il riferimento all'opera di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 106 ss.

¹²⁷⁰ Concorde G. PONZANELLI, *I danni subiti da CoViD-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, cit., 139.

¹²⁷¹ Ci si riferisce, com'è chiaro, a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss., con nota, tra gli altri, di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato* e di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Corr. giur.*, 2017, 1050 ss., con nota di C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*.

¹²⁷² Per una pregevole ricognizione basti, per ora, il riferimento al lavoro di F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 909 ss. Per A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, cit., 128 ss., il numero sempre maggiore di figure c.d. ultracompensative sarebbe, oggi, in grado di sovvertire il rapporto di regola a eccezione rispetto alle fattispecie di "ordinaria" compensazione. Cfr., altresì, il già richiamato lavoro monografico di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni*

Per un'impostazione tradizionale, al modello risarcitorio si dovrebbe assegnare una funzione esclusivamente compensativa: tale rimedio sarebbe, quindi, volto a riparare la perdita subita da un soggetto in conseguenza dell'evento dannoso; inclinazioni o accentuazioni sanzionatorie gli sarebbero, invece, del tutto estranee¹²⁷³.

A conforto di questa prima lettura sembra deporre, anzitutto, una lettura diacronica dell'istituto aquiliano: la sua emancipazione dall'illecito penale, la progressiva irrilevanza impressa all'elemento soggettivo (testimoniata, oggi, non solo e tanto dall'equivalenza tra dolo e colpa – nonché, salve espresse eccezioni, tra diversi gradi della colpa¹²⁷⁴ – del danneggiante, ma anche dalla fioritura di fattispecie oggettive di responsabilità) appaiono tutti indici coerenti con uno scopo di mera compensazione¹²⁷⁵; al contrario, il ritorno ad istanze punitive mal si concilierebbe con gli esiti della parabola¹²⁷⁶ cennata poc'anzi.

Sul piano del diritto vigente, poi, sarebbe il riferimento al criterio causale espresso dall'art. 1223 c.c. (oltre alla norma di rinvio contenuta nell'art. 2056 c.c.), il quale subordina il risarcimento al ricorrere di un legame di consequenzialità immediata e diretta con l'inadempimento (o con il fatto illecito) – non già criteri quali: l'intensità dell'elemento soggettivo, il dolo, la minore o maggiore gravità dell'offesa, le condizioni economiche

punitivi», cit., nonché M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2018 e L. OLIVERI, *Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Contributo a un'analisi funzionale*, Pisa, 2024.

Per la giurisprudenza antecedente all'intervento a Sezioni Unite, cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2017, I, 1461 con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie* e Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno resp.*, 2012, 609, con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*.

¹²⁷³ Tanto che, come sottolinea autorevole dottrina (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 30), « Il risarcimento che intenda essere sanzionatorio, eccedendo il danno, non è più risarcimento, sicchè, fin quando la legge parla di risarcimento, non si può intendere quest'ultimo come altro dal semplice ristoro integrale del danno, e nulla di più ».

¹²⁷⁴ Per un approfondimento del peculiare ruolo della colpa nella responsabilità da atto medico, cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, L. 8-3-2017, n. 24*, cit., 1507 ss.

¹²⁷⁵ Così, C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018, (in part.) 7 ss. Il processo di secolarizzazione dell'illecito civile dalla responsabilità penale, profilo che partecipa a sconfermare un ritorno verso esigenze tipicamente punitive nell'ambito *de quo*, è documentato, tra gli altri, da P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 523 ss.

¹²⁷⁶ L'immagine appartiene a F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., 664 ss.

dell'autore e il guadagno da questi conseguito attraverso la violazione¹²⁷⁷ –, a rivestire primaria (ma non esclusiva) centralità nella determinazione del danno¹²⁷⁸.

Ancora, un'apertura a risarcimenti ultracompensativi – quale corollario della valorizzazione della condotta tenuta dal danneggiante o della gravità dell'offesa dalla prima scaturente, entrambe stigmatizzate in chiave punitiva – concorrerebbe a smentire il divieto di arricchimenti ingiustificati¹²⁷⁹, cioè attribuzioni patrimoniali non sorrette da una giustificazione razionale. Una conferma in tal senso si ricava anche dall'elaborazione pretoria e dottrinale in materia di *compensatio lucri cum damno*: un latinismo di ritorno¹²⁸⁰, per quanto incerto, in forza del quale la complessiva esposizione risarcitoria del danneggiato è ridotta per effetto del concorrente vantaggio prodottosi, a favore di questi, quale “conseguenza immediata e diretta” del medesimo fatto illecito¹²⁸¹, e che appare quindi coerente con l'esigenza di prevenire indebite locupletazioni a favore della vittima dell'illecito.

Infine, un ulteriore ostacolo all'ammissione di un risarcimento punitivo è rappresentato dal principio di legalità della pena (art. 25 Cost.), declinato nel sottocriterio di tipicità e prevedibilità (quindi espressivo di esigenze di certezza del diritto), e completato dalla previsione, di maggiore interesse civilistico, di cui all'art. 23 della Carta¹²⁸². Di analoghe preoccupazioni si è fatta (in un certo senso) portavoce la Suprema Corte che, nel 2017¹²⁸³, per

¹²⁷⁷ L'elencazione si trae da C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., 36. Eppure, come rileva l'A., tali parametri non sarebbero di raro impiego nella commisurazione della prestazione risarcitoria. Al contrario, si tratterebbe di una « tendenza [...] già presente nel diritto applicato dalle nostre corti ». A tal riguardo è possibile rammentare Cass. 20 novembre 2012, n. 20292, in *Danno resp.*, 2013, con nota di G. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il “quantum” il vero problema del danno non patrimoniale*.

¹²⁷⁸ Ma per una compiuta analisi della norma, si legga N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., *passim*, anche con riguardo al corretto significato da assegnare alla locuzione “conseguenze immediate e dirette”. Parimenti necessario il rinvio alle pagine di A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7 ss.

¹²⁷⁹ Cfr. G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 707 ss. (in part. 759 ss.). Secondo l'A., il divieto di arricchimenti ingiustificati trova conferma – oltrechè nel principio della *compensatio lucri cum damno* – nella disciplina della responsabilità “contrattuale”. Le norme in materia di riduzione della penale manifestamente eccessiva, divieto del patto commissorio e in tema di garanzia del credito (art. 2803 c.c.) « comprovano che il creditore non può profittare dell'inadempimento, cioè dell'evento danno che lo ha interessato ». Peraltro, se ciò vale in un contesto, quello contrattuale, che l'A. definisce « relazionale », *a fortiori* « può ritenersi che sia irragionevole ammettere che si possa profittare di un danno occasionale originato in un « contesto tra passanti » », in cui la tutela risarcitoria è statica « essendo volta a ripristinare le utilità distrutte dall'altrui intrusione ».

¹²⁸⁰ L'espressione è di U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come “latinismo di ritorno”*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1738.

¹²⁸¹ Per riferimenti bibliografici può rinviarsi al Capitolo I, par. 5.3.1.

¹²⁸² Cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 331 ss.

¹²⁸³ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

la prima volta ammetteva la delibabilità delle sentenze straniere di condanna a *punitive damages*.

La non ontologica incompatibilità dell'istituto all'ordine pubblico interno – cui seguirebbe il riconoscimento della « natura polifunzionale » della responsabilità civile (quindi, pure preventiva e sanzionatoria del danneggiante¹²⁸⁴) – è ricavata, nel citato pronunciamento a Sezioni Unite, da una ricognizione di indici normativi sparsi nell'ordinamento¹²⁸⁵, (asseritamente¹²⁸⁶) ispirati a logiche punitive.

« Imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati » (quindi, elevare la gravità della condotta a parametro di valutazione del danno) non risulta una soluzione, di norma, percorribile: al contrario, le Sezioni Unite impongono, a tal riguardo, l'intervento di un presupposto formale di legalità – un'intermediazione legislativa, se si preferisce – che, in omaggio agli artt. 23 e 25 Cost. (e all'art. 7 CEDU), si fraponga ad eventuali abusi giudiziari, neutralizzandoli¹²⁸⁷.

Ora, nel tentativo di offrire una prospettiva sintetica, si osserva che, da un lato, istanze (*lato sensu*) sanzionatorie – volte a soddisfare profili di giustizia sostanziale, altrimenti disattesi – ben possono sopravvivere nell'ordinamento, camaleonticamente assumendo la fisionomia, ad esempio, di criterio di imputazione alternativo¹²⁸⁸; dall'altro, una simile ponderazione non sarebbe comunque ammessa a valicare il limite del danno effettivo¹²⁸⁹, la cui misura è insuscettibile di incrementare al ricorrere di esigenze punitive¹²⁹⁰.

¹²⁸⁴ Correttamente rileva M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impresa*, 2017, 1142 ss., scongiurandone una coincidenza concettuale, che funzione punitiva e deterrente « si sovrappongono solo in parte » e « contribuiscono in misura diversa, ancorchè non sempre coerente, a giustificare la condanna avente ad oggetto il pagamento di *punitive damages* ».

¹²⁸⁵ Il riferimento è, ad esempio, alle fattispecie di cui agli artt. 96, 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c.; al di fuori del codice di rito, si annovera, in via di mera esemplificazione, l'ipotesi disciplinata dall'art. 12 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 (in materia di diffamazione a mezzo stampa).

¹²⁸⁶ Come deduce C. DE MENECH, *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. comma, c.p.c. Tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139)*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 726 ss. tali norme, in realtà, « danno progressivamente corpo ad una forma di tutela diversa da quella aquiliana ».

¹²⁸⁷ Per una critica al citato intervento giurisprudenziale, si legga A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 393 ss.

¹²⁸⁸ Il riferimento è a N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1811 ss.

¹²⁸⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 30: « il risarcimento ha infatti il suo limite trascendentale nel danno che ne costituisce l'oggetto e la misura [...] »; G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, cit., 759 ss.

¹²⁹⁰ C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss., e C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., *passim*, hanno cura di distinguere

Intimamente connesso allo scopo compensativo del risarcimento è, chiaramente, il profilo del principio di integrale riparazione del danno¹²⁹¹, il quale, come noto, impone un rapporto di stretta simmetria tra il pregiudizio subito dal danneggiato e il contenuto dell'obbligazione risarcitoria; simmetria, questa, insensibile a curvature di tipo sanzionatorio. Per meglio dire, « l'obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dal creditore, il quale non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o dell'illecito »¹²⁹²: è, quindi, il detrimento subito a tracciare il perimetro e la misura del risarcimento; operazione che, però, risulta affatto agevole in presenza pregiudizi non patrimoniali.

Eppure, per quanto capace di permeare la teoria dell'illecito civile, l'integrale riparazione del danno non assurgerebbe, tuttavia, al rango di principio costituzionalmente rilevante.

In anni recenti, infatti, la Corte Costituzionale¹²⁹³ – chiamata a pronunciarsi su una questione di illegittimità dell'art. 139 cod. ass. (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), norma preposta alla quantificazione del danno biologico (permanente o temporaneo) per lesioni di lieve entità (c.d. micropermanenti, cioè inferiori ai 10 punti percentuali)¹²⁹⁴ – ha rilevato, anzitutto, che il diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona non costituisce « valore assoluto e intangibile »; al contrario, nel vagliare una sua potenziale violazione, tale principio deve entrare in bilanciamento con altri valori alla base della disciplina oggetto di censura.

l'equivoco di fondo dato dalla sovrapposizione tra il problema della “prestazione sanzionatoria” (quindi punitiva) e quello, distinto, della “prestazione risarcitoria”, variamente correlata all'illecito civile.

¹²⁹¹ Cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 29 ss.

¹²⁹² La citazione appartiene a C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., 135 ss.

¹²⁹³ Ci si riferisce a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 172, con nota di V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi*; in *Corr. giur.*, 2014, 1483, con nota di M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*; in *Danno resp.*, 2014, 1021, con nota di A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*; in *Europa dir. priv.*, 2014, 1392, con nota di L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte Costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*; in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1826, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile e una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità* e con nota di P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, e poi i nomi*; in *Giur. cost.*, 2014, 3719, con nota di M. GAGLIARDI, *Legittimo l'art. 139 cod. ass. per la liquidazione dei danni alla persona di lieve entità. Il valore del sistema rc auto ed il rischio di non chiarire quale sia*.

¹²⁹⁴ La norma era stata sottoposta anche al vaglio di Corte Giust. UE, 23 gennaio 2014, n. 371/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 820, con nota di I. SABBATELLI, *Risarcimento del danno morale nelle lesioni micropermanenti: possibile compressione dei danni risarcibili e compatibilità con il diritto dell'Unione europea*. Si concludeva per la compatibilità col diritto dell'Unione Europea dell'art. 139 cod. ass. priv. nella misura in cui prevede « un particolare sistema di risarcimento dei danni morali derivanti da lesioni corporali di lieve entità causate da sinistri stradali, che limita il risarcimento di tali danni rispetto a quanto ammesso in materia di risarcimento di danni identici risultanti da cause diverse da detti sinistri ».

Secondo la prospettazione dei giudici rimettenti, la disposizione citata – poiché imponeva una liquidazione entro valori predeterminati, stabilendo una soglia massima (20%) di aumento percentuale dell'importo risarcibile e impedendo, al contempo, di liquidare l'eventuale danno morale – avrebbe dato corso ad un sistema di liquidazione di tipo indennitario in deroga alla riparazione piena del danno, nonché, in relazione a quest'ultimo profilo, ad una disparità di trattamento (art. 3 Cost.). Per l'assenza di meccanismi per una sua integrale protezione, la tutela del diritto inviolabile alla salute verrebbe, secondo i giudizi *a quibus*, sostanzialmente frustrata in nome dell'esercizio dell'attività assicurativa.

Queste (ed altre) obiezioni venivano superate dalla Suprema Corte¹²⁹⁵, che confermava la legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.

A fondamento di tale conclusione, deponeva, secondo il Giudice delle leggi, la considerazione dell'interesse – dal carattere « generale e sociale » – al mantenimento di un livello « accettabile e sostenibile dei premi assicurativi », che veniva soddisfatto anche per il tramite di meccanismi di quantificazione standardizzata del danno. In effetti, trattandosi di un settore obbligatoriamente assicurato, è ancora più avvertito l'interesse (pubblico e diffuso) ad un contenimento dei premi corrisposti dagli assicurati, la cui misura è calcolata in considerazione della frequenza del sinistro e dell'ammontare dell'indennizzo che, a causa di questo, l'impresa è tenuta a corrispondere al danneggiato.

In definitiva, l'interesse del singolo ad un risarcimento integrale (in grado, cioè, di tenere conto di tutte le specificità del caso concreto) non poteva che trovare un limite in quello, collettivo, all'effettivo accesso alla tutela assicurativa¹²⁹⁶.

Non doveva nemmeno trascurarsi, infine, che la tutela offerta ai danneggiati da sinistro stradale è rafforzata dalla garanzia, almeno nell'*an*, di una copertura assicurativa (a corollario dell'obbligo di assicurazione bilaterale).

Il precipitato di queste argomentazioni è, in conclusione, un parziale ridimensionamento del ruolo di esclusività che il principio di integrale riparazione riveste nella responsabilità civile, la quale sembra progressivamente farsi carico di esigenze distributive (e non già meramente correttive), pure ispirate ad una prospettiva attenta alle ricadute sociali ed economiche sul

¹²⁹⁵ Per un approfondimento, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti*, cit., 1834 ss.

¹²⁹⁶ Come rileva V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi*, cit., 182, la Corte ometteva però di offrire utili indicazioni con riguardo alla quantificazione del danno biologico per lesioni di non lieve entità (art. 138 cod. ass.). Ciò nondimeno, M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*, cit., 1489 s., ritiene i principi espressi valevoli anche per questo (secondo) settore.

benessere collettivo¹²⁹⁷; finalità, queste, di recente riprese dal legislatore che, con l'art. 7, quarto comma, della legge n. 24/2017, ha confermato l'estensione dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. ai danni da *malpractice* sanitaria¹²⁹⁸.

A ben vedere, simili istanze non sembrano del tutto inedite: al contrario, già nel 1985, la stessa Corte Costituzionale¹²⁹⁹ – pur concludendo per l'illegittimità dell'art. 1 della legge, n. 841 del 1932 e dell'art. 2 della legge 3 dicembre 1962, n. 1832 – aveva avuto modo di rilevare che le limitazioni di responsabilità del vettore aereo fossero coerenti con i principi costituzionali: nel comporre, con equilibrio, i confliggenti interessi portati dal vettore e dal danneggiato, la Corte puntualizzava, infatti, che il limite all'obbligo risarcitorio, pur comportando una deroga al principio dell'integrale risarcimento del danno, era giustificato dalla « necessità di non comprimere indebitamente la sfera di iniziativa economica del vettore, per l'altro congegnata secondo criteri che, in ordine all'imputazione della responsabilità o alla determinazione della consistenza del limite in discorso, comportano idonee e specifiche salvaguardie del diritto fatto valere da chi subisce il danno ». Ad ulteriore riprova dell'intima connessione tra l'illecito civile e l'assicurazione, tali limitazioni avrebbero quindi consentito al vettore aereo di poter meglio controllare il proprio rischio assicurativo e, per questa via, mantenere più contenuti livelli dei premi, evitando esborsi che, in ultima istanza, si sarebbero riverberati sui passeggeri.

In senso non dissimile depongono, sia pur sotto un diverso profilo, le ben note sentenze depositate il giorno di San Martino del 2008¹³⁰⁰, nella misura in cui, proprio in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 2 e al dovere di solidarietà (qui declinato nella forma di un dovere

¹²⁹⁷ V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi*, cit., 183. Il tema sembra precludere alla sostenibilità del sistema di responsabilità civile, inevitabilmente dipendente dalla sua assicurabilità. Sul punto si legga G. PONZANELLI, *Sostenibilità delle regole di responsabilità civile*, cit., 716 ss.: secondo l'A., infatti, il danno sarebbe sostenibile solo laddove internalizzato, quindi distribuito sull'intera società mediante il meccanismo dell'assicurazione.

¹²⁹⁸ Sul punto, il primo intervento risaliva al d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (poi convertito nella legge 8 novembre 2012, n. 189, c.d. legge Balduzzi). In senso (condivisibilmente) critico, G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale e in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impresa*, 2015, 620 ss., nonché ID., *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 145 ss., il quale rileva la strutturale diversità che corre tra i settori della colpa medica e quello della circolazione auto, oltretutto per il diverso rapporto con la dinamica assicurativa (solo nel secondo caso, bilateralmente obbligatoria).

¹²⁹⁹ Ci si riferisce a Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 132, in Banca dati *OneLegale*.

¹³⁰⁰ Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, cit., con la precisazione che tali sentenze, tuttavia, ponevano un filtro sull'*an* del risarcimento, ma non sulla quantificazione del danno. Cfr. per un commento, cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte Costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, cit., 1396 ss.

di tolleranza) che questo impone, si fissava una soglia minima di tollerabilità per la lesione del diritto, che, solo in caso di suo superamento, poteva condurre alla sua risarcibilità¹³⁰¹.

Pure l'ambito della tutela contro gli infortuni sul lavoro è stato interessato dal descritto processo di ridimensionamento dell'integrale risarcimento del danno (e che trova una propria origine nell'esigenza dell'istituto aquiliano di aprirsi all'ampia tenuta del sistema)¹³⁰²: in questo ambito, in effetti, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di giustificare la "fuga" della disciplina a tutela del lavoratore al di fuori della comune responsabilità civile¹³⁰³.

In definitiva, se il risarcimento del danno, oggi, non sembra più esclusivamente ispirarsi ad una logica di integralità¹³⁰⁴, *a fortiori* ciò dovrebbe valere per un sistema di "sicurezza sociale" operante su base indennitaria, ove le istanze solidaristiche appaiono ancora più avvertite rispetto a quelle portate dalla giustizia correttiva.

Nell'istituzione di un fondo indennitario per far fronte ai danni occasionati dall'emergenza sanitaria, dunque, non sembrerebbero cogliere nel segno eventuali obiezioni – fondate sul presupposto (fallace) che solo ai primi si vedrebbe riconosciuto un ristoro pieno, integrale, in grado di cogliere tutte le sfumature del caso concreto – di una discriminazione *ex art. 3 Cost.* tra i danneggiati ordinari e quelli destinatari di un piano *no-fault*.

Ove ciò non bastasse, attraverso la lente del diritto applicato si potrebbe ulteriormente considerare che, laddove la pretesa del danneggiato fosse azionata per le vie ordinarie, per le ragioni già esaminate, questa si tradurrebbe verosimilmente in un rigetto della domanda (cui seguirebbe, peraltro, la condanna al pagamento delle spese di lite): in altri termini, se

¹³⁰¹ Su questi profili, cfr. *amplius* C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti*, cit., 1838 ss.

¹³⁰² Sulla quale si consenta un rinvio al Capitolo I – parte III. A tal riguardo, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 245 ss., pur rilevando la profonda diversità tra, da un lato, indennizzo e risarcimento e, dall'altro, assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e responsabilità civile, si chiede se ciò sia tale « giustificare che un danno della stessa natura sia riparato diversamente solo perché si sia verificato "in occasione di lavoro" ovvero in occasione diversa. Sembra difficile giustificare un simile esito se ci si mette dalla prospettiva del valore persona [...] ».

Cfr. D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, cit., 98 ss. e 129 ss. e L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 321 ss.

¹³⁰³ Cfr., ad esempio, Corte Cost., 9 marzo 1967, n. 22, cit.: « la posizione del lavoratore infortunato, quale deriva dal complesso sistematico delle norme speciali relative al trattamento assicurativo, assume caratteri così peculiari da renderla non assimilabile a quella cui hanno riguardo le altre norme di diritto privato in materia di responsabilità civile; e di conseguenza, non può, sotto questo aspetto, ritenersi che faccia difetto quel ragionevole motivo del trattamento differente da quello spettante agli altri cittadini, sufficiente a far considerare infondata la censura di violazione dell'art. 3, primo comma ».

¹³⁰⁴ Per la prospettiva d'oltralpe, si leggano le pagine di J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 355 ss., per il quale deve ancora trovare piena dimostrazione la migliore efficacia dei fondi ad integrale riparazione.

l'alternativa al beneficio indennitario, pur incompleto (ma celere), consiste in un contenzioso assai incerto, finanche privo di utilità (se non proprio deleterio), allora, forse, il problema di una più contenuta liquidazione del ristoro merita un profondo ripensamento.

Sistemi di compensazione automatica, in effetti, risolvono proprio situazioni connotate da rischi di *undercompensation* o, come nel caso in esame, di potenziale assenza di risarcimento¹³⁰⁵.

In senso più ampio, peraltro, sono proprio queste le ragioni che presiedono ad una fuga dalla *damages lottery* e un approdo al metodo dei piani indennitari: come anticipato¹³⁰⁶, infatti, le (variegate) limitazioni¹³⁰⁷ che, in quest'ambito, possono interessare l'indennizzo sembrano trovare ragione, non solo e tanto nella richiesta di un sacrificio in capo alla contribuzione collettiva (comunque rimessa alla discrezionalità del decisore politico¹³⁰⁸), ma anche dalla celerità, certezza e dalla semplificazione del proc

edimento di riconoscimento del ristoro, che, quindi, quali contropartita, non possono che costituire un tratto irrinunciabile di qualunque fondo indennitario.

Argomentato in questi termini, sembra infine possibile smentire uno dei principali ostacoli, abbozzati in dottrina, alla fondazione di un piano indennitario in ambito sanitario: la sua inaccettabilità sociale, principalmente motivata dal rischio di un eccessivo ed immotivato sbilanciamento in favore della classe dei potenziali danneggiati¹³⁰⁹.

3.3. Alcuni nodi da sciogliere

3.3.1. Il funzionamento del Fondo

L'eccezionale varietà di fondi indennitari rende davvero complesso identificare delle caratteristiche comuni¹³¹⁰.

¹³⁰⁵ Così, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 156 ss.

¹³⁰⁶ Cfr. Capitolo III – parte I.

¹³⁰⁷ Per tutti, cfr. T. VANSWEEVELT – B. WEYTS – L. VANHOOFF – K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, in (edited by) T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 200.

¹³⁰⁸ Infatti, come sottolinea K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, cit., 198 ss., la misura dell'indennizzo è, in fin dei conti, consegnata ad una decisione politica, peraltro dipendente da una serie di fattori.

¹³⁰⁹ G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1490 ss., il quale, peraltro, in senso specularmente opposto a quanto qui sostenuto (Capitolo III, parte I), ritiene che un modello di indennizzo, in quanto eccessivamente sbilanciato in favore della classe medica, favorirebbe un ulteriore allontanamento delle posizioni dei professionisti sanitari e dei pazienti.

¹³¹⁰ Cfr. per tutti K. OLIPHANT, *Landmarks of No-Fault in the Common law*, in W. VAN BOOM – M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, cit., 43.

Operando, con prudenza, una *summa* e concentrando l'attenzione sul Fondo già oggetto d'indagine: il programma di indennizzo, così come ogni altro *compensation plan*, si definisce “*no-fault*” – non colposo – giacché si fonda su regole di responsabilità diverse dalla colpa, la quale dismette il proprio ruolo di elemento costitutivo del diritto al ristoro: la prova della negligenza, in altri termini, risulta ininfluyente, esattamente come un'eventuale prova liberatoria che sulla sua assenza si radichi.

Ad essere esclusivamente fondante è, invece, l'esistenza di un rapporto eziologico: in effetti, una volta individuata la sfera di operatività del piano *no-fault* (in base a criteri quali: il luogo di occorrenza del danno o l'attività o un certo contesto dannoso) e determinata la natura della menomazione da riparare, occorre verificare se la lesione dell'integrità psicofisica rientri o meno nell'ambito del programma di indennizzo¹³¹¹.

Tale operazione soddisfa – almeno in linea generale – una prima esigenza eziologica (che potremmo definire) procedimentale, in quanto attinente alla preliminare dimostrazione dei presupposti costitutivi del diritto all'indennizzo dinanzi all'organo (amministrativo) deputato alla sua erogazione: tale vaglio causale appare essenzialmente incentrato sulla verifica della riconducibilità della lesione al perimetro di operatività del fondo (cioè, il rapporto – naturalistico – tra l'evento morte o lesione all'integrità psico-fisica, da un lato, e l'atto medico, dall'altro)¹³¹². Se, per un verso, questa diversa configurazione del requisito eziologico intende dare rilievo alla lesione, più che alle cause di questa responsabili, per un altro, non sembra in grado di neutralizzare tutti i profili di complessità relativi al fenomeno causale, specie in caso di stringente definizione dell'ambito applicativo del fondo¹³¹³.

Un'ulteriore questione di prova del nesso di causalità (materiale) si pone, però, in sede processuale, nel caso in cui si ricorra dinanzi all'autorità giudiziaria avverso le eventuali conclusioni di segno negativo dell'organo amministrativo (il rigetto, cioè della richiesta di indennizzo).

¹³¹¹ G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 338 ss.

¹³¹² Detta altrimenti, « Si tratta, quindi, di uno spostamento di ricchezza che consegue alla verifica che il destinatario abbia sofferto una lesione alla persona suscettibile di definirsi «a eziologia tipizzata» ». Cfr. U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 81, nt. 78.

¹³¹³ In questo senso si esprimono P. CANE – J. GOUDKAMP, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., 442 s. In senso concordante, cfr. L. VANHOEFF – T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, cit., 51, ss. « [...] victims have to be aware that, even though funds can overcome must causality issues, there is always the need to prove a link between the damage and a certain harmful event ».

Il timore legato alla difficoltà di questa dimostrazione è tutt'altro che infondato¹³¹⁴, se si pensa che la gran parte dei giudizi di rigetto delle pretese indennitarie *ex lege* 210/1992 trova la principale ragione proprio nel mancato soddisfacimento dell'onere probatorio con riguardo al legame eziologico tra la somministrazione del vaccino e la menomazione dell'integrità psico-fisica¹³¹⁵.

Pertanto, nell'istituzione di un ipotetico schema indennitario, quantomeno in considerazione dell'analogia dei pregiudizi ivi sottesi e della comune origine iatrogena della lesione, sembra possibile valorizzare, per quest'ambito, il principio affermato dalla Suprema Corte, nel 2019: pur avendo operando una sostanziale riscrittura dell'art. 1218 c.c. ispirata ad un *favor debitoris*, della soluzione prescelta può certo considerarsi la possibilità per il paziente di offrire la dimostrazione del (c.d. primo ciclo del) rapporto eziologico (ossia, lo si ribadisce, che l'insorgenza di nuove patologie o l'aggravamento di patologie esistenti trova la propria origine causale nell'inadempimento dell'obbligazione di *facere* professionale) anche mediante il ricorso al metodo presuntivo¹³¹⁶.

In realtà, seguendo ora un'impostazione di politica del diritto – semantica alla quale il nesso di causalità, peraltro, sembra potersi ascrivere¹³¹⁷ – nell'istituzione di un fondo indennitario, non pare irragionevole, sia pur con la massima prudenza, rompere il consolidato paradigma eziologico unitario, per immaginare uno statuto di causalità differenziato – quindi più favorevole – rispetto a quello fatto proprio dalla responsabilità civile (medica)¹³¹⁸.

¹³¹⁴ Come sottolinea F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 194, può individuarsi almeno un duplice ordine di livelli di incertezza con cui il giurista deve confrontarsi in sede di verifica del nesso di causalità: la prima, « sul piano della causalità generale e una che emerge sul piano della causalità individuale » ove, « l'ipotesi astratta di spiegazione causale, legittimata dalle leggi scientifiche o statistiche di copertura, non viene più considerata isolatamente, ma viene contestualizzata nel più ampio quadro dei fattori causali concorrenti che hanno effettivamente provocato l'evento [...] ».

In ordine al rapporto tra causalità generale e individuale, cfr. le pagine di N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., 227 ss., ove si rileva che « le questioni fondamentali su cui si misura il cimento dell'interprete odierno si riducono, fondamentalmente, a due. Da un lato, il rapporto tra leggi scientifiche e regole giuridiche: vale a dire se, e a quali condizioni, un risultato per la scienza possa trasformarsi in un giudizio per il diritto (la scelta della legge scientifica); dall'altro, lo scarto tra l'astratta correlazione dei fenomeni oggetto dell'attenzione dello scienziato e la concreta sequenza dei fatti provati nel processo (la prova) ».

¹³¹⁵ Interessante la lettura di A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1067.

¹³¹⁶ Cfr. le già citate Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

¹³¹⁷ Cfr. F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 169 e G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., 90.

¹³¹⁸ Si permetta un rinvio a A. VOLPATO, *Nesso causale e danno da vaccinazione: è tempo per una rilettura della legge n. 210/1992?*, cit., 1166 ss.

Se non altro perché, anche in considerazione dell'effettiva riuscita deflattiva del contenzioso perseguita dallo schema *no-fault*, il paziente – danneggiato da un atto medico occasionato dall'emergenza pandemica – dovrebbe essere incentivato a prescegliere la via del fondo, in luogo del procedimento di cognizione, senza però giungere al contrapposto risultato di suggerire, per questa via, l'instaurazione di giudizi del tutto pretestuosi ed arbitrari. Diversamente, il vantaggio (si badi: in termini di carichi probatori) finirebbe per appiattirsi sull'irrelevanza della negligenza, profilo che, tuttavia, talvolta neppure grava sul danneggiato¹³¹⁹.

Ora, considerato che « è sul legame tra scienza e diritto, cioè sull'uso della scienza nel giudizio di responsabilità, che si gioca, attualmente, la definizione del problema causale per il diritto »¹³²⁰, la casistica è ricca di esempi – certo, non sempre dogmaticamente composti – dove, a fronte dell'incertezza scientifica sul rapporto causale (come tuttora è incompiuta la letteratura relativa al virus Covid-19), la giurisprudenza è giunta ad ammettere soluzioni sostanzialmente compromissorie¹³²¹.

¹³¹⁹ Come ricorda G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, 355, sovente, « la questione della responsabilità civile non si gioca tanto sul terreno della (prova della) "colpa" (che magari risulta più o meno evidente), quanto piuttosto proprio sul terreno del nesso di causalità ».

¹³²⁰ La citazione è di N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., 227. Pur sotto una diversa prospettiva, il tema è analizzato anche da G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1805 ss.

¹³²¹ In relazione all'art. 4, dir. 85/374/CEE, ad esempio, si è espressa Corte Giust. UE, 21 giugno 2017, C-621/15, in *Danno resp.*, 2017, 668, con nota di A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*. Ai fini dell'accertamento della responsabilità del produttore del vaccino per il danno cagionato da un difetto di questo, e, più precisamente, al fine di provare l'esistenza di un nesso di causalità tra il difetto del vaccino e la malattia, la Corte ammetteva il ricorso a indizi gravi, precisi e concordanti (quali, la « prossimità temporale tra la somministrazione di un vaccino e l'insorgenza di una malattia nonché [la] mancanza di precedenti personali e familiari correlati a tale malattia, così come l'esistenza di un numero significativo di casi repertoriati di comparsa di tale malattia a seguito di simili somministrazioni »), « nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisca un nesso fra la vaccinazione e la comparsa della malattia ». Secondo F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 464 ss., la Corte si sarebbe spinta ad affermare che « il convincimento del giudice formatosi sul terreno della causalità individuale possa surrogare la mancata dimostrazione dell'esistenza di una regola causale avallata dalla letteratura scientifica sul terreno della causalità generale ».

La volontà della Corte è anche quella di rendere effettivi i diritti di cui alla citata direttiva. Anche sul ruolo svolto dal principio di effettività, cfr. il lavoro di A. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 345.

Un ulteriore esempio, sempre in ambito vaccinale, si ricava da Cass. 18 novembre 2022, n. 34027, commentata da F. PISTELLI, *Causalità e personalismo nella responsabilità da vaccinazione*, in (a cura di) C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2023, 543 ss., ove la Corte sembra assegnare preminente rilievo al profilo della c.d. causalità specifica.

In dottrina, proprio in tale settore, notoriamente connotato da una significativa incertezza scientifica, si è proposto, per un verso, di lavorare sul piano della certificazione della figura del c.d. *expert witness* (cfr. S. D'ERRICO – J.

Con questa avvertenza, occorre ora chiedersi a quale modalità d'intervento possa ispirarsi il fondo retrospettivo in esame. Preme senz'altro escludere, ai nostri fini, l'adozione di schemi *no-fault* c.d. puri: in quanto volti a disinnescare del tutto l'operatività delle regole di responsabilità civile, quindi l'accesso all'autorità giudiziaria, la giustificazione razionale di tali fondi si rende invero ardua – *ex multis* – sul piano della possibile violazione dei principi costituzionali di difesa (art. 24 Cost.)¹³²².

Quindi, prendendo nuovamente a prestito le categorie delineate dalla letteratura comparatistica¹³²³, a sembrare più convincente è, per le ragioni appena esposte, la fattispecie dei fondi integrativi (non già sostitutivi) della responsabilità civile. Un modello « combinato, ossia risultante dalla combinazione di strumenti distinti e concorrenti »¹³²⁴ (cioè, connotato dall'accostamento del regime aquiliano ad alternative compensative, piuttosto che da una rigida contrapposizione tra rimedi) in risposta ai pregiudizi all'integrità psico-fisica, appare senz'altro vantaggioso, in quanto consente di combinare, per l'appunto, i benefici dell'una e dell'altra disciplina¹³²⁵; nondimeno, esso deve i conti con esigenze di coordinamento tra istituti, come si dirà nel paragrafo a seguire.

Delle due modalità di intervento dei fondi integrativi – principale e sussidiaria¹³²⁶ – deve prediligersi la prima, quella, cioè, che prescinde dal previo accertamento di una responsabilità; al contrario, l'intervento in forma sussidiaria, che connota i fondi di garanzia, nell'imporre una verifica circa l'individuazione di un soggetto responsabile, oltre a non perseguire effetti deflattivi del contenzioso, richiederebbe una più attenta valutazione delle dinamiche assicurative per il rischio sanitario da Covid-19.

POLIMENI – M. MARTELLONI – P. FRATI, *Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un primo passo verso la «certificazione» dell'expert witness?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1747) e, per un altro, di gestire l'incertezza causale mediante il principio di precauzione (G. COMANDÉ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 23 ss.).

¹³²² *Contra*, U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 81 ss.

¹³²³ Cfr. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, cit., 54 ss. e T. VANSWEEVELT – B. WEYTS – L. VANHOOFF – K. WATTS, *Comparative Analysis of Compensation Funds. Differences, Common Characteristics and Suggestions for the Future*, cit., 202.

¹³²⁴ F.D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con « l'alternativa svedese »*, cit., 237 ss.

¹³²⁵ In questo senso, cfr. anche D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, cit., 63 ss. e G. COMANDÉ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, cit., 100 ss. e *passim*. *Contra*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 813 ss.

¹³²⁶ Di nuovo, il riferimento è all'opera di J. KNETSCH, *op. cit.*, 57 ss.

Pur astrattamente compatibile – nella sua struttura – con i caratteri appena delineati, l’adozione del modello tracciato dalla legge n. 210/1992 non sembra persuadere¹³²⁷, anzitutto, in ragione della farraginosa tecnica di liquidazione del ristoro, rispetto alla quale, tenuto conto del rinvio eccentrico alla tabella B allegata alla legge 29 aprile 1976, n. 177 (e ss. mm. ii.), pare invero faticoso rinvenire margini di una giustificazione razionale¹³²⁸; nella ricerca di soluzioni alternative adottate in ambiti applicativi non dissimili, ben più coerente sembra, ad esempio, il criterio dalla disciplina degli indennizzi in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, la quale prevede, oltre ad una speciale elargizione *una tantum* (calcolata su base percentuale rispetto ai punti di invalidità), la corresponsione di un assegno periodico vitalizio, oltre ad una serie di benefici accessori, specie previdenziali. Peraltro, come rilevato, la legge n. 210/1992 difetta di un esplicito coordinamento con il rimedio risarcitorio, lasciando alla giurisprudenza il ruolo di scrivere le regole di tale convivenza, e ha mostrato i propri limiti anche con riguardo alla gestione delle procedure (amministrative) di erogazione dell’indennizzo¹³²⁹.

In definitiva, la strada da perseguire non sembra quella di un’estensione *tout court* delle capacità applicative di tale disciplina, che, in difetto di correttivi (anzi, di una sua più organica sistematizzazione), concorrerebbe, proprio in ragione della sua frammentarietà, ad incrementare il contenzioso, più che a prevenirlo, frustrando le ambizioni deflative portate dai piani indennitari, nonché, in ultima analisi, il diritto dei danneggiati ad accedere ad una (più) tempestiva tutela¹³³⁰.

Nell’ampio spettro di possibilità di riforma, allora, in alternativa alla (già prospettata¹³³¹) estensione della disciplina pubblicistica contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali

¹³²⁷ In effetti, pur ipotizzandone astrattamente il ricorso, G. PONZANELLI, *Il fascino irresistibile dei piani no-fault*, in *Jus*, 2021, 125 ss., metteva in guardia dal « ripercorrere gli errori commessi con la legge 210/1992 ».

¹³²⁸ Per un approfondimento, si rinvia al Capitolo I – parte II, della presente tesi.

¹³²⁹ Tali limiti sono evidenziati anche da U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit., 80 ss. che definisce « infausto e legisticamente sciatto [il] modello della l. n. 210/1992 ».

¹³³⁰ A riprova di quanto detto, basti osservare che i ritardi nell’erogazione degli indennizzi e l’eccessiva durata dei procedimenti sono stati rilevati dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha mosso censure al reticolato normativo della legge n. 210, sottolineando il « dysfonctionnement systémique affectant la protection du droit conventionnel en cause dans l’ordre juridique interne ». Cfr. C. AMATO, *La “disfunzione sistemica” dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, cit., nt. 32.

¹³³¹ Il suggerimento, per certi versi avanguardista, proviene da M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 95 ss.; in tempi più recenti, è stato avanzato anche da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2023, 136 ss. quale « modello [...] amministrato da un unico ente assicurativo di diritto pubblico, con funzione di cooperazione

– che, da un lato, risolverebbe in partenza il rapporto con l’azione risarcitoria e scioglierebbe ogni questione attinente alla tecnica di liquidazione (prevista per fasce percentuali) e alle tipologie di danno considerate, dall’altro, tuttavia, richiederebbe una rimodulazione dei relativi obblighi assicurativi, oltre ad un ripensamento in ordine alle modalità di finanziamento, all’esercizio della rivalsa e alla platea dei destinatari (non lavoratori) – l’attenzione del legislatore dovrebbe soffermarsi sull’istituzione di un fondo *ad hoc*; soluzione, questa, più opportuna in termini di tecnica normativa, in quanto capace di rispondere plasticamente alle esigenze portate dal fondo: il pensiero va, anzitutto, allo strumento della rendita, finora rimasto sostanzialmente negletto, eppure capace, come visto¹³³², di meglio adattarsi a fattispecie di invalidità permanente, quindi caratterizzate dal prolungato riverbero degli effetti dannosi (e dalla correlata esigenza di verificare nel tempo, e quindi modulare, le necessità riparatorie del danneggiato). Ebbene, l’impiego della rendita dovrebbe eleggersi a momento centrale della liquidazione ad opera del fondo indennitario (senza escludere, peraltro, che, al fine di appagare esigenze di istantanea riparazione, questa venga accompagnata dalla corresponsione di un assegno *una tantum* in forma capitale).

In secondo luogo, sarebbe bene considerare, come accade nel sistema di compensazione d’oltralpe¹³³³, l’apposizione di soglie minime di gravità della lesione, che, nell’escludere le forme di invalidità più lievi, fungerebbe da filtro rispetto alle richieste risarcitorie presentate, così da garantire la tenuta amministrativa, *in primis*, e pure finanziaria del fondo.

Se, per un verso, considerati i (dilatati) tempi di scrittura ed adozione di un progetto legislativo integralmente *ad hoc*, questa soluzione appare meno rapida ed efficiente¹³³⁴, occorre nondimeno considerare come l’istituzione di un fondo in un ambito, quello cennato, particolarmente ristretto (i danni da Covid-19), ben potrebbe fungere da catalizzatore, per creare, cioè, un terreno di sperimentazione per future – e ben più audaci – soluzioni in senso *no-fault* all’interno della responsabilità sanitaria.

Il confronto con il sistema di riparazione d’oltralpe si rivela, a tal riguardo, oltremodo prezioso: lungi dall’aderire a scelte più radicali – quale quella neozelandese – volte a sbarrare l’accesso

a carattere di mutualità che [...] anteponga al lucro d’impresa l’obiettivo primario di riparare i danni [...] verso la corresponsione di “premi” ragionevoli e sostenibili ».

¹³³² Sul punto, si consenta il rinvio al Capitolo II, par. 4.4.

¹³³³ Cfr. l’analisi svolta nel capitolo III, parte III.

¹³³⁴ La difficoltà di adattare la legislazione esistente al fine di offrire un’adeguata tutela ai pregiudizi da Covid-19 è dimostrata dalla scarsità di iniziative legislative; solo in Francia, infatti, si è assistito ad una proposta di fondo indennitario, amministrato dall’ONIAM, poi rigettata. Cfr. J. KNETSCH – K. WATTS, *What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related injury?*, cit.

alle azioni risarcitorie per i danni iatrogeni, il modello francese, pur ereditandone la *ratio*, procede all'innovativa coniugazione di un sistema di responsabilità *fautif* (salvo due fattispecie *sans faute*) con alternative fondate sulla solidarietà nazionale.

Per citare un esempio: nella misura in cui viene apprestata una tutela alle vittime di atto medico non ascrivibile a colpa – che, in assenza di una simile previsione, rimarrebbero viceversa prive di un'assistenza e sarebbero quindi chiamate da sé a fare i conti con le proprie perdite – la disciplina francese della riparazione del danno mostra, *in primis*, una pregevole, inedita attenzione verso la categoria dei danneggiati, ritenendone le perdite talmente meritevoli di una qualche protezione da imporre l'erogazione di un beneficio pubblicamente finanziato; in secondo luogo, tale disciplina dimostra di ben comprendere l'esposizione del settore sanitario a fallimenti di sistema dal carattere imprevedibile.

In questo senso appare coerente la scelta francese di aver puntualmente disciplinato il fenomeno delle infezioni nosocomiali – da sole responsabili di una sovrabbondante quota del contenzioso sanitario, percorrendo una traiettoria oggettivistica, comunque completata dal parallelo ricorso alla sicurezza sociale (di nuovo, quindi, si scorge un'attenzione alla classe dei danneggiati); un simile percorso sembra invece avversato, ma solo in apparenza, dalla recente giurisprudenza di legittimità italiana, la quale, forse guidata dal timore di una de-responsabilizzazione degli enti sanitari, impone, in chiave sostanzialmente positiva, una prova liberatoria di particolare stringenza¹³³⁵.

3.3.2. Cumulo o alternatività tra rimedi

L'ipotetica natura concorrente del fondo indennitario impone di considerare, in ultimo, la questione dei rapporti con il concorrente rimedio aquiliano.

Nelle pagine che precedono, si è ammessa la possibilità d'instaurare, accanto o in alternativa alla tutela indennitaria, un procedimento teso al conseguimento di una condanna al risarcimento del danno: se, quindi, anche in considerazione della diversità dei presupposti, *petitum* e legittimazione passiva, è pacifico il concorso tra azioni, purché ne ricorrano gli estremi, occorre nondimeno verificare se le diverse elargizioni debbano soggiacere all'operatività della regola espressa nel sintagma “*compensatio lucri cum damno*”¹³³⁶ (per esteso: lo scomputo delle

¹³³⁵ Cfr. R. PARDOLESI–R. SIMONE, *Infezioni nosocomiali: responsabilità in cerca d'identità*, cit., 477 ss. La bontà della scelta francese è sottolineata anche da A. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 357 ss.

¹³³⁶ Sul punto, anche per riferimenti, cfr. Capitolo I – parte II, ove il tema è stato affrontato con riguardo ai fondi indennitari *ex lege* n. 210/1992.

somme percepite a titolo di indennizzo dal risarcimento del danno) o se, al contrario, questi benefici possano essere cumulati dal danneggiato.

La soluzione di tale questione impone, anzitutto, di meglio comprendere le fattezze (o, per meglio dire, la natura giuridica) della prestazione conferita dal fondo indennitario (di tipo compensativo, in particolare); analisi resa particolarmente complessa dalla disinvoltura e dalla scarsa attenzione – di cui si è fatto cenno nel Capitolo I – con cui il legislatore è solito riferirsi alle fattispecie di “indennizzo” e di “indennità”, sovente frutto di interventi normativi singolari e mirati, quindi farraginosi in termini di coerenza di sistema¹³³⁷.

Corollario di questa disattenzione è, come si è evidenziato, l’esistenza di previsioni davvero eterogenee per contenuto, collocazione e funzione. Pertanto, a circoscrivere la portata dell’indennizzo, per differenziarlo e contrapporlo all’obbligazione risarcitoria, è intervenuta una pluralità di indirizzi ricostruttivi: tra questi, di particolare fortuna ha goduto la teoria dell’atto lecito dannoso¹³³⁸.

Prestazioni pecuniarie “da atto lecito dannoso”, in rapida sintesi, sarebbero caratterizzate dalla comune legittimità della condotta, pur dannosa – la componente di ingiustizia del danno, ravvisabile *prima facie*, sarebbe, infatti, neutralizzata da una previsione normativa volta a liceizzare (*ex ante* o *ex post*) il comportamento lesivo – e dall’assegnazione di un ristoro al soggetto destinatari di tale attività, così riequilibrando le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti¹³³⁹.

Ebbene, assunta la correttezza di tale ricostruzione, non riesce agevole ricondurre le prestazioni scaturenti dal fondo indennitario al perimetro delineato dalla teorica dell’atto lecito dannoso, con la quale le prime faticano a confondersi. Tale difficile convivenza si coglie, anzitutto, nella perdurante illegittimità del contegno pregiudizievole (si pensi, a titolo esemplificativo, alla somministrazione di un emoderivato infetto o, ancora, ad una condotta sanitaria imperita), che appare confermata dalla possibilità di agire, per il medesimo pregiudizio, anche in sede risarcitoria (la cui meccanica, come ben noto, senz’altro presuppone, di regola, per l’accoglimento della domanda, la non liceità del fatto).

¹³³⁷ Tale scarsa avvedutezza è segnalata, tra i molti, da P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1062, da M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, cit., 220 e *passim* e, ancor prima, da S. CICCARELLO, voce *Indennità*, cit., 99 s.

¹³³⁸ Il cui primo teorizzatore è il Rubino: G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito*, cit., 702. Ancora, si consenta di rinviare alle considerazioni espresse nel Capitolo I – parte I della presente tesi.

¹³³⁹ Il riferimento è a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., 105-116.

Da questa considerazione potrebbero prendere origine due diversi percorsi argomentativi: da un lato, concludere non solo per l'inesatta conclusione¹³⁴⁰, ma anche per la radicale insufficienza dell'atto lecito dannoso a spiegare i tratti comuni della fattispecie indennitaria (quindi, la sua idoneità a tracciare le coordinate di base della disciplina); dall'altro lato si colloca, invece, la costruzione di una "terza via".

In questo ultimo senso, infatti, depono la constatazione che la prestazione del fondo sembra per molti versi somigliante al modello risarcitorio: pur abdicando a comporre un risarcimento integrale, in quanto volto alla riparazione di un danno, l'indennizzo nondimeno parteciperebbe alla funzione risarcitoria¹³⁴¹; come anticipato, peraltro, questa fattispecie non sarebbe interessata da quella neutralizzazione dell'ingiustizia che tipicamente attraversa l'atto lecito dannoso.

Del rimedio indennitario, invece, sopravvive una logica compromissoria di bilanciamento tra interessi contrapposti, che il decisore politico opera per dare veste razionale al fondo; ancora, si noti il perseguimento di una funzione solidaristica (che, come si è messo in luce, connota il fondo), cui, invece, l'illecito aquiliano sembra estraneo. Alla logica bilaterale che tipicamente connota il risarcimento, invece, farebbe da contraltare, inoltre, la collettivizzazione di un rischio, peraltro perseguita mediante l'irruzione di un soggetto terzo, dalla natura pubblicistica (lo Stato), cui sono trasferiti i costi del risarcimento. Ulteriore tratto distintivo, infine, si coglie nella irrilevanza che connota l'individuazione di un soggetto responsabile, quale necessario presupposto per l'assegnazione di un ristoro.

Peraltro, avvicinando l'indennizzo scaturente dal fondo ad una prestazione risarcitoria (più che ad una fattispecie indennitaria *tout court*), come sembra più corretto, più facilmente si comprenderebbero le conclusioni rassegnate dalla giurisprudenza, a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite del 2008¹³⁴², in ordine alla possibilità di uno scomputo tra poste risarcitorie, da un lato, e l'assistenza a titolo di "indennizzo", dall'altro.

¹³⁴⁰ Come sembra suggerire C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, cit., 106 s.

¹³⁴¹ In questo senso C. DE MENECH, *op. cit.*, 106 ss., rileva l'identità qualitativa (ma non certo quantitativa) della funzione sottesa ai due istituti; identità, questa, che consentirebbe l'estensione della disciplina sul risarcimento ispirata alla logica compensativa (si pensi, ad esempio, all'art. 2055 c.c.).

¹³⁴² Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, cit., la quale ha affermato che: « [...] la diversa natura giuridica dell'attribuzione indennitaria ex L. n. 210 del 1992, e delle somme liquidabili a titolo di risarcimento danni per il contagio da emotrasfusione infetta da Hiv ed Hcv a seguito di un giudizio di responsabilità promosso dal soggetto contagiato nei confronti del Ministero della sanità [...] non osta a che l'indennizzo corrisposto al danneggiato sia integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse

Nell'argomentazione della Corte, in effetti, l'ostacolo frapposto dalla diversità del titolo (risarcitorio o indennitario) al difetto delle somme¹³⁴³ sembrava, almeno a prima lettura, superato da un ragionamento *a contrario* che si sorreggeva sull'impossibilità di ammettere un'indebita locupletazione a vantaggio del danneggiato.

In effetti, tale esito ermeneutico veniva argomentato, in dottrina, sulla base di una pluralità di letture, alcune delle quali volte ad assegnare all'indennizzo una veste sostanzialmente risarcitoria¹³⁴⁴.

Chiamata, qualche tempo più tardi, a comporre il più ampio conflitto in punto di *compensatio lucri cum damno*, era la stessa giurisprudenza di legittimità ad ammettere per la posta risarcitoria, pur senza offrire articolate motivazioni sul punto, una « cospirante funzione compensativa »¹³⁴⁵.

Certo, se, per un verso, è senz'altro auspicabile – anzi, esiziale – che nell'istituzione di un “Fondo indennitario Covid-19” il legislatore si preoccupi di disciplinare i rapporti tra il beneficio e le poste risarcitorie, optando per lo scomputo del primo dall'ammontare delle seconde¹³⁴⁶, anche in considerazione della portata, se vogliamo, pionieristica¹³⁴⁷, di un simile

tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento » (corsivi nostri).

¹³⁴³ Ostacolo peraltro evidenziato dalla dottrina (C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, cit., 315 ss.) e isolatamente avvertito nella giurisprudenza antecedente.

¹³⁴⁴ A conclusioni non distoniche è giunta una parte della dottrina nell'offrire una lettura al principio sancito dalle Sezioni Unite. Secondo un primo orientamento (U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale (saggio in tre atti)?*, cit., 40 ss.), la Corte avrebbe fatto propria una lettura sostanzialistica dell'indennizzo derivante da emotrasfusione, il quale rivestirebbe una natura *de facto* risarcitoria e sarebbe, quindi, scomputabile; ancora, come si è detto, E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, cit., 446 s. ha sostenuto che, pur in difetto di un espresso meccanismo di surroga, invece richiesto per l'operare della *compensatio*, i benefici della legge n. 210 avrebbero « carattere di risarcimento anticipato » e che quindi, nonostante il diverso *nomen*, indennizzo e risarcimento possano condividere la medesima funzione riparatoria (ID., *Compensatio lucri cum damno: punti fermi e persistenti questioni aperte*, cit., 731). Cfr. anche M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 714 (nt. 43), per il quale le due « specie riparatorie » parteciperebbero della medesima natura risarcitoria.

¹³⁴⁵ Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., par. 5.3. *Contra*, Cass. 10 novembre 2008, n. 26883, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346 ss., con nota di A. QUERCI, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento*.

¹³⁴⁶ L'art. 13 (« Concorso di benefici ») della legge 20 ottobre 1990, n. 302 (« Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata »), ad esempio, vieta la cumulabilità tra l'assegno vitalizio – o comunque le elargizioni di cui alla citata legge – con « provvidenze pubbliche a carattere continuativo conferite o conferibili in ragione delle medesime circostanze, quale che sia la situazione soggettiva della persona lesa o comunque beneficiaria ».

¹³⁴⁷ Questa sembra anche la soluzione adottata dall'ordinamento francese. Come rileva J. KNETSCH, *Compensation Funds in France and Germany*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, cit., 62 ss., infatti, ciascun sistema di compensazione prevede una disposizione che vieti il cumulo dei benefici derivanti dal fondo con il risarcimento del danno.

coordinamento di fonte legislativa, l'approfondimento della questione è sembrato comunque opportuno, cosicché la summenzionata scelta possa dogmaticamente coordinarsi con la *ratio* del sistema, prevenendone storture od ulteriori frammentazioni.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro ha indagato i rimedi compensativi invocabili in caso di pregiudizio derivante dallo svolgimento dell'attività medico-sanitaria per comprendere se, per tale ambito, alternative istituzionali di riparazione possano affiancare (o sostituire) la disciplina tracciata dal modello tradizionale di responsabilità civile.

Il rinnovato interesse per la questione si apprezza anche in ragione dei recenti eventi pandemici da Covid-19 e della necessità, da questi scaturente, di ponderare l'introduzione di meccanismi indennitari al fine di contemperare adeguatamente le esigenze di tutela dei danneggiati (o dei loro eredi), preservare l'efficienza del sistema giurisdizionale e, non da ultimo, garantire la tenuta del rischio sanitario, anche in considerazione della (ritrovata) importanza assunta dalla dinamica assicurativa.

La ricerca di soluzioni alternative all'illecito civile, specie con riguardo al settore dei pregiudizi da atto sanitario, non è certo questione cui il giurista continentale è solito confrontarsi: in effetti, il « magmatico terreno di confine tra responsabilità civile e sicurezza sociale »¹³⁴⁸, come si è evidenziato nel terzo capitolo della tesi, è stato piuttosto approfondito dalla letteratura straniera, la quale ha da tempo individuato, all'interno della macrocategoria del metodo *no-fault*, una più ristretta fattispecie tracciata in corrispondenza dei c.d. *compensation funds*, in taluni ordinamenti chiamati a riparare, attraverso una forma di collettivizzazione del rischio, i pregiudizi risultanti (anche) da atto medico.

La comprensione di questi strumenti ha richiesto di prendere le mosse, nella prima parte del presente lavoro, dall'analisi delle fattispecie indennitarie, le quali, in effetti, si collocano proprio a valle delle richiamate misure compensative. A tal riguardo, si è evidenziata la disinvoltura con cui il legislatore è stato solito riferirsi alle locuzioni “indennizzo”, “indennità”, pure, talvolta, “risarcimento” – spesso risultanti da interventi normativi mirati, più che da un coerente disegno di sistema – cui corrisponderebbero, in mancanza di una norma di carattere generale, una pluralità di traduzioni del tutto singolari, nonché, per contenuto, funzione e collocazione, eterogenee.

All'urgenza di una razionalizzazione dogmatica ha risposto una pluralità di orientamenti ricostruttivi.

¹³⁴⁸ L'espressione, oltre all'immagine che questa efficacemente evoca, va attribuita al lavoro di F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, cit., 103.

I rapporti tra l'istituto indennitario (cui concorrono l'indennizzo e l'indennità, ritenuti sinonimici) e il rimedio aquiliano sono stati così chiariti, pur con dei limiti, dalla fortunata teorica dell'atto lecito dannoso: l'obbligo legale all'indennizzo seguirebbe, di regola, alla commissione di un fatto senz'altro pregiudizievole, eppure – per il tramite di un'indicazione normativa volta a liceizzare (*ex ante* o *ex post*) il comportamento lesivo – non vietato dall'ordinamento giuridico, quindi, solo *prima facie* ingiusto.

La *ratio* ben si coglie nella volontà del legislatore di bilanciare situazioni giuridiche parimenti protette ma inconciliabili; contemperamento, questo, che si risolve nell'assegnazione di un ristoro al titolare della posizione ritenuta recessiva.

Nel prosieguo, l'analisi ha investito le ipotesi indennitarie contemplate dal codice civile, per soffermarsi, infine, sulla legislazione complementare, anch'essa ricca di disposizioni tese a escludere dall'ambito applicativo dell'illecito aquiliano atti forieri di pregiudizio. Tra le siffatte prestazioni, di primario interesse sono stati i casi disciplinati dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210: se ne è indagato, dapprima, il processo di origine e di incessante stratificazione giurisprudenziale e legislativa e, in un secondo momento, il rapporto con la responsabilità civile. Lo studio di tale disciplina – utilmente impiegata, in questa sede, quale prezioso modello di confronto per la costruzione *de jure condendo* di un ipotetico piano – ha consentito di porre le basi per un ulteriore livello di astrazione e ricorrere, nel corso del terzo capitolo, alla locuzione di “fondo indennitario”; ha altresì permesso di descriverne le caratteristiche e di individuarne, nell'ultima parte del lavoro, una natura filo-risarcitoria – più che strettamente indennitaria – delle prestazioni da questo fondo elargite: i particolari tratti di questa forma di “indennizzo”, infatti, non possono del tutto confondersi con l'ipotesi generale delineata, sia pur con dei limiti, dalle prestazioni da atto lecito dannoso.

È stato interessante, infine, lo studio del sistema “combinato” tracciato dalla disciplina in materia di infortunistica sul lavoro, a riprova della duttilità propria delle alternative alle regole ordinarie di responsabilità civile.

Nel secondo capitolo si è così proceduto ad un'articolata ricognizione sulla più specifica responsabilità professionale sanitaria, anche con riguardo al processo di evoluzione storico-normativa della stessa, inaugurato nel secolo scorso e (momentaneamente) conclusosi con le novità legislative introdotte dalla legge n. 24 del 2017, unitamente al relativo *restatement* giurisprudenziale del novembre 2019.

Si è rilevato come alla proposizione di ambiziosi obiettivi (tra questi, l'attenzione alla sicurezza delle cure, il contrasto a fenomeni di medicina difensiva, il recupero del rapporto di alleanza

terapeutica, l'emersione del fattore assicurativo, la tutela dei soggetti danneggiati e, al contempo, un intervento sui livelli di *overdeterrence* sulla classe medica) non abbiano fatto seguito scelte parimenti audaci: il legislatore, come noto, non solo preferiva aderire nuovamente ad un modello di stretta responsabilità civile, ma sceglieva di adottare soluzioni sostanzialmente compromissorie, non sempre riuscite (peraltro, ancora in parte in via di definizione: la disciplina sul *risk management*, che pur disvela una corretta attenzione al carattere sistemico dell'errore sanitario, ne costituisce una brillante esemplificazione; solo di recente, invece, veniva completata la disciplina in materia di obblighi assicurativi, pur senza superarne il censurabile carattere di unilateralità). Si tralasciava, ad esempio, di prendere posizione sull'istituto della rendita vitalizia (art. 2057 c.c.), talvolta valorizzato in giurisprudenza quale più efficace strumento di liquidazione del danno nei casi di maggiore gravità.

Gli argomenti proposti nel presente lavoro depongono, quindi, a favore di un cambio di paradigma.

Anche grazie all'analisi comparatistica svolta nel terzo capitolo, la ricerca ha messo in evidenza, in prima battuta, l'origine, la dinamica e il perimetro operativo dei c.d. *compensation funds* (o, se si preferisce, "fondi indennitari"), istituti rimediali – per lo più negletti dalla dottrina italiana – che partecipano al metodo *no-fault*, più ampia categoria, dai contorni particolarmente nebulosi, ove confluiscono una moltitudine assai eterogenea e versatile di istituti, comunque legati da finalità *lato sensu* riparatorie e dall'irrilevanza di profili di colpevolezza da rintracciare nella condotta pregiudizievole ai fini dell'assegnazione di un ristoro.

Tali strumenti, in altri termini, descrivono l'approdo di un percorso di progressivo allontanamento dalla responsabilità individuale e di avvicinamento, per converso, alla sicurezza sociale; percorso di cui si è dato atto nel presente lavoro di tesi, anche con riguardo alle sue fasi intermedie.

Dopo aver distinto il fondo indennitario dall'istituto assicurativo, da un lato, e dalla sicurezza sociale (strettamente intesa), dall'altro, la ricerca ha tentato di individuarne – anche in considerazione della peculiare plasticità del fenomeno – la natura, i caratteri, il funzionamento e la sua amministrazione, tendenzialmente pubblica (o quasi pubblica). È interessante notare come pure l'ambito di applicazione dei *compensation funds* sembra sfuggire ad una predeterminazione generale: fondi "universali", come quello neozelandese, farebbero da contraltare a piani dal perimetro operativo più mirato.

La ricerca ha poi inteso offrire una tassonomia delle diverse forme di fondi indennitari, distinguendo a seconda delle modalità di intervento, del rapporto con l'illecito civile e, ancora, delle caratteristiche dell'evento dannoso oggetto della copertura.

Nondimeno, una sistematizzazione dogmatica, specie se condotta secondo una *reductio ad unum* sul piano comparatistico, non sembra operazione affatto agevole e lascia molti interrogativi inevitabilmente aperti.

Il confronto con il sistema neozelandese di *accident compensation* è parso, quindi, senz'altro prezioso: il *Woodhouse Report*, che costituisce il nucleo essenziale dei lavori preparatori dell'ACA, ha permesso di cogliere, nella seconda parte del terzo capitolo, le carenze (o, per meglio dire, i fallimenti) del rimedio dei *torts* e le corrispondenti ragioni che, più in generale, consentono di fondare e giustificare l'istituzione di un fondo pubblico a riparazione delle menomazioni all'integrità psico-fisica. Le eccezionali peculiarità del modello neozelandese, emerse anche grazie al periodo di studio svolto presso l'Università di Auckland, pur restituendo preziosi spunti dal carattere "universale", ne rendono assai arduo, tuttavia, il recepimento nell'ordinamento italiano; questo modello, del tutto neutrale rispetto ad esigenze di deterrenza, dovrebbe invece fare i conti con quelle finalità di prevenzione cui la letteratura italiana non sembra voler rinunciare.

In effetti, il fenomeno dei piani indennitari, specie se declinato in ambito sanitario, scoraggia il ricorso alla "*blame culture*" e – nel favorire, ad esempio, l'emersione dell'errore clinico – sembra più rispondente al perseguimento di obiettivi di prevenzione del rischio sanitario. Questo ed altri aspetti concorrono a comporre i pregi del metodo *no-fault*, di cui la ricerca ha pure evidenziato gli inconvenienti: questi aspetti non potevano che essere compresi alla luce delle funzioni esercitate dai piani indennitari, quale imprescindibile piano di analisi.

Il quarto capitolo, da ultimo, ha tentato una sintesi degli aspetti sopra esaminati. A questo fine, si è analizzata l'emergenza pandemica da Covid-19 quale (ulteriore) "stagione" transeunte della responsabilità sanitaria.

L'attenzione è stata, quindi, soffermata sulle soluzioni rimediali già insite nell'ordinamento giuridico, per poi indagare, pur brevemente, i frastagliati interventi legislativi di previsione di "scudi" e immunità.

Lo studio dei contributi di dottrina e delle prime pronunce rese dalla giurisprudenza a proposito della (ir)responsabilità dei professionisti sanitari a fronte di condotte di *malpractice*, ha consentito di confermare l'autosufficienza delle vigenti regole di responsabilità civile nell'apprestare una tutela alla classe medica, quale potenziale danneggiante, durante le prime

fasi dell'emergenza pandemica: un danno iatrogeno sembra, in questa sede, di difficile giustiziabilità.

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva del tutto parziale, poiché, come si è messo in luce, essa trascura di contemperare l'altro corno del discorso sulla responsabilità: le esigenze di tutela dei danneggiati, cui l'istituto aquiliano è primariamente dedicato.

Ci si è chiesti, quindi, se questi soggetti siano chiamati a sopportare autonomamente le conseguenze pregiudizievoli di tali "disgrazie" o se, al contrario, occorra ricercare soluzioni rimediali al di fuori del perimetro di responsabilità civile strettamente intesa, per attingere, invece, al metodo indennitario fatto proprio dai *compensation funds*.

Più che addentrarsi (si badi: *de jure condendo*) nella specifica definizione dei contorni e di ogni specifica caratteristica di tale fondo – che non è certo questione di solo appannaggio delle scienze giuridiche, richiedendo, al contrario, uno sforzo multidisciplinare – la ricerca si è arrestata su di un livello di astrattezza giuridica, tale da indagare, anzitutto, la più ampia compatibilità di un simile metodo indennitario nell'ordinamento italiano, al fine di comprendere se, come sembra, questi strumenti ben possano attagliarsi al quadro storico, sociale e giuridico fatto proprio dagli eventi pandemici.

Diversi i piani interessati: dal fondamento normativo, alle ipotetiche censure in termini di disparità di trattamento, passando per le funzioni esperibili da questo "Fondo indennitario Covid-19" e sciogliendo, infine, alcuni nodi problematici.

Ora, chi scrive non ignora che, prima di approdare all'istituzione, per via necessariamente legislativa, di un fondo, come è accaduto per lo schema di indennizzo *ex lege* 210, il decisore politico attenderà di verificare i livelli del contenzioso, per vagliarne una deflazione.

Nondimeno, l'adozione di un fondo in un ambito, quello cennato, più ristretto, ben potrebbe fungere da catalizzatore e rappresentare un utile terreno di sperimentazione per futuri – e ben più audaci – esiti in senso *no-fault* all'interno della responsabilità sanitaria, specie con riguardo all'annoso fenomeno delle infezioni nosocomiali, anche in considerazione dell'esperienza d'oltralpe.

Se non altro perchè « Incremental improvements, not messianic reforms, are the order of the day »¹³⁴⁹.

¹³⁴⁹ R.A. EPSTEIN, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, cit., 91.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale, Pisa, 2010, 24 ss.

AA.VV., *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 13 ss.

AA.VV., *La responsabilità medica all’epoca dell’emergenza pandemica Covid-19: iter ricostruttivo sino alla legge n. 76/2021*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2106 ss.

AA.VV., *20 ans d’application de la loi Kouchner en matière de responsabilité médicale*, in *Gazette du Palais*, 6 settembre 2022, 28 ss.

K.S. ABRAHAM, *Making Sense of the Liability Insurance Crisis*, Ohio State Law Journal, vol. 48, no. 2, 1987, 399 ss.

AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in *I Quaderni. Supplemento alla Rivista Monitor*, 2015, 38 ss.

S. ALESSANDRINI – P.M. FIORAVANTI – A. FERRANTE – M. PAOLUCCI, *Dal controverso “Decreto Balduzzi” alla proposta di riforma della responsabilità medico-sanitaria: il contrasto alla medicina difensiva nel più vasto scenario della crisi del rapporto medico-paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 129 ss.

R. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, 625 ss.

E. ALLORIO, *Una questione di competenza in tema di danni a concessionario della navigazione su canale pubblico*, in *La vita del diritto in Italia e in Europa*, Milano, 1968, 599 ss.

G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 728 ss.

G. ALPA, *L’assicurazione di fronte all’evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, I, 534 ss.

G. ALPA, *La liquidazione del danno alla persona nei progetti di riforma legislativa*, in *Corr. giur.*, 1986, 201 ss.

G. ALPA, *Un bilancio quinquennale della riforma della legge n. 24 del 2017 sulla sicurezza delle cure e la responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Resp. med.*, 2022, (in part.) 177 ss.

C. AMATO, *La “disfunzione sistemica” dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 815 ss.

S.L. ANDERSON, *The Woodhouse Report on Compensation for Personal Injury in New Zealand*, in *Auckland University Law Review*, 1969, 1 ss.

ANIA, *Malpractice. Il grande caos*, in *I dossier*, 2 luglio 2014.

A. ARCERI, *L'applicazione della L. n. 24/2017 ai fatti pregressi ed ai giudizi in corso*, in *Giur. it.*, 2021, 460 ss.

L. ARTHUR, *Accident Compensation Corporation v Ng [2020] 2 NZLR 683*, in *New Zealand Law Journal*, 2021, 402 ss.

A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1115 ss.

A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001.

M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, in *Traité de droit civil*, Paris, 2021.

V. BACHELET, *Colpa medica e linee guida tra imperizia in eligendo e in executivis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 644 ss.

E. BAFFI – D. NARDI, *Atto lecito dannoso: un'analisi giuseconomica*, in *Danno resp.*, 2016, 1157 ss.

A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 217 ss.

J. BARBOT – I. PARIZOT – M. WINANCE, *“No-fault” compensation for victims of medical injuries. Ten years of implementing the French model*, in *Health Policy*, 2014, 114, 236 ss.

E. BARGELLI, *L'ingiustizia del danno*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 807 ss.

R. BARTOLI, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1107 ss.

F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 159 ss.

A. BECK, *Litigation section*, in *New Zealand Law Journal*, 2022, 157 ss.

G. BELLI, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, 67 ss.

E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum danno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018, 446 ss.

- E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: punti fermi e persistenti questioni aperte*, in *Danno resp.*, 2019, 731 ss.
- F. BENATTI, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in *Resp. med.*, 2018, 23 ss.
- A. BENNI DE SENA, *Responsabilità sanitaria da emotrasfusione: rapporto tra risarcimento del danno e indennità ex l. n. 210/1992*, in *Ridare.it*.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Milano, 2017.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017.
- C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2019.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, III ed., Milano, 2019.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, IV ed., Milano, 2021.
- W.F. BIRCH, *Accident Compensation. A Fairer Scheme* (Department of Labour), Wellington, 1991.
- M. BISMARCK – E.A. DAUER, *Motivations for Medico-Legal Action*, in *The Journal of Legal Medicine*, 2006, 27:1, 55.
- A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*, in *Danno resp.*, 2017, 668, nota a Corte Giust. UE, 21 giugno 2017, C-621/15.
- F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. impresa*, 2018, 1293 ss.
- F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contr. impresa*, 2018, 126 ss.
- M. BONA, *Critica alla liquidazione del danno non patrimoniale in forma di rendita vitalizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 97 ss., nota a Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574.
- D. BONAMORE, *Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di "indennità, indennizzo, risarcimento" quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243 ss.
- C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2004.
- E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 265 ss.

- R. BREDA, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in (a cura di) G. COMANDÈ - B. TURCHETTI, *La responsabilità medica*, Padova, 2004, 19-43.
- R. BREDA, *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 103 ss.
- R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impresa*, 2014, 769.
- R. BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017, 291 ss.
- R. BREDA, *Danno da vaccinazione tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 289 ss.
- L. BRIZI, *La liquidazione del danno alla persona mediante rendita vitalizia: una rara occasione*, in *Danno resp.*, 2019, 664 ss.
- L. BUGATTI, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio*, in *Danno resp.*, 2011, 835 ss., nota a Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334.
- L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli/Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1032 ss.
- F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003.
- F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 44 ss.
- F.D. BUSNELLI, *Riflessioni sul « Projet Tunc » per una riforma del sistema di indennizzo delle vittime della strada*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 301 ss.
- F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643 ss.
- F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 909 ss.
- F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 461 ss.
- F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *Resp. med.*, 2018, 91 ss.
- M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2020, 762.
- G. CALABRESI – P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano, 1978 e 2006.

G. CALABRESI, *Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven, Jr.*, University of Chicago Law Review: Vol. 43, 1975, 69.

G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, rist. inalterata (ad opera di E. Al Mureden) 2015.

G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven e London, Yale University Press, 1970.

R. CALVO, *La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria*, in (a cura di) F. VOLPE, *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Milano, 2018, 4 ss.

R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ.*, 2008, 397 ss., nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

I.B. CAMPBELL, *Compensation for personal injury in New Zealand. Its Rise and Fall*, Auckland, 1996.

A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993.

M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in *Resp. med.*, 9 aprile 2020.

A. CAPPELLO, *La somministrazione pregiudizievole del vaccino antinfluenzale raccomandato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1029 ss., nota a Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 268.

M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. processo*, 2021, 1171 ss.

R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1352.

V. CARBONE, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*, in *Danno resp.*, 1997, 178 ss., nota a Cass. 15 gennaio 1997, n. 364.

V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, 294 ss., nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589.

V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss., nota a Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno resp.*, 2017, 393 ss.

- C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 315 ss.
- R.J. CARLSON, *A Conceptualization of a No-Fault Compensation System for Medical Injuries*, in *Law and Society Review*, 1973, 329 ss.
- F. CARROCCIA, *Libro IV – Titolo III: Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di D. VALENTINO, Milano, 2011, 1671.
- R. CASÇÃO – R. HENDRICKX, *Shifts in the Compensation of Medical Adverse Events*, in W. VAN BOOM – M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, 128 ss.
- V.C. CASTALDO, *Il danno non patrimoniale nell'azione di classe: il quantum sul letto di Procuste*, in *Corr. giur.*, 2020, 954 ss.
- A. CASTELNUOVO – S. PINTUS, *Infezione da HIV: il ristoro del danno tra indennizzo e risarcimento*, in *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 439 ss.
- A. CASTELNUOVO – S. PINTUS, *La politica dei piccoli passi: nuovi interventi della Corte Costituzionale sugli indennizzi da contagio*, in *Danno resp.*, 2001, 490 ss.
- C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20 ss.
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 147 ss.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 331 ss.
- C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1 ss.
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 271 ss.
- C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 847 ss.
- C. CATTÒ – N. NARDELLA – M. CAPALBO – A. RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 909 ss.
- R. CAVADI, *La proprietà fondiaria*, in (a cura di) P. FAVA, *Diritti reali*, Milano, 2019, 306 ss.
- R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in (a cura di) R. CAVALLO BORGIA, *Responsabilità e assicurazione*, 2^a ed., Milano, 2007.

R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in (a cura di) R. CAVALLO BORGIA *Responsabilità e assicurazione. Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2007, 307 ss.

S. CAZZANTI - M. LIGNINI, *Dal Tribunale di Bologna una prima sintesi sugli ATP in materia di Covid-19 e responsabilità delle RSA*, in *Resp. med.*, 5 maggio 2022, nota a Trib. Bologna, 26 aprile 2022.

G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, 425 ss.

F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 16.

C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la “legge Gelli”*, in *Corr. giur.*, 2017, 759 ss.

D. CHINDEMI, *Rendita vitalizia in caso di danno patrimoniale futuro e da incapacità lavorativa: criteri di determinazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1645 ss., nota a Trib. Milano, 27 gennaio 2015.

M. CHIRONI, *Non sussiste alcuna responsabilità della struttura sanitaria per la contrazione del virus Covid-19 nell'ipotesi di rispetto degli standards previsti nella primissima ondata del contagio*, in *Resp. med.*, 8 novembre 2023, nota a Trib. Sassari, 15 settembre 2023, n. 898.

S. CICCARELLO, voce *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 99 ss.

C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, 1504 ss., nota a Cass. 12 luglio 2016, n. 14188.

M. CINELLI, *Sicurezza sociale (voce)*, in *Enc. del diritto*, XLII, Milano, 1990, 499 ss.

A. CLAYTON, *Some Reflections on the Woodhouse and ACC Legacy*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 449.

D.B. COLLINS, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, 1992, 141 ss.

G. COMANDÈ, *Diritto alla salute tra sicurezza sociale e responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 1996, 573 ss.

G. COMANDÈ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionali ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*, in *Danno resp.*, 1998, 436 ss.

G. COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999.

G. COMANDÈ, *Danni privati e indennizzi pubblici: la giungla degli indennizzi alle vittime della criminalità*, in *Danno resp.*, 2000, 696 ss.

G. COMANDÈ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... No-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1 ss.

G. COMANDÈ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo*, in *Danno resp.*, 2020, (in part.) 306 ss.

M. COMPORITI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965 e 2014.

U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice, OTA-H-602* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, July 1994), 13.

S. CONNELL, *Community insurance versus compulsory insurance: competing paradigms of no-fault accident compensation in New Zealand*, in *Legal Studies*, 2019, 39, 502.

C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1050 ss., nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

G. CONTE, *La formazione del contratto (Artt. 1326-1330 e 1333-1335)*, in *Comm. codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 318 ss.

P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 749 ss.

P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1390 ss.

P. CORRIAS, *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2011, 245 ss.

V.V. CUOCCI, *Dall'assicurazione obbligatoria r.c. auto alla no-fault insurance. Uno studio comparativo dei sistemi di traffic accident compensation*, Milano, 2013.

V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 172, nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

A. D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, 539 ss.

- A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss.
- A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss.
- A. D'ADDA, *Pandemia e modelli dogmatici di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 451 ss.
- G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di "mezzi" e di "risultato"*, Napoli, 1999, 157 ss.
- G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, 355 ss.
- G. D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Resp. med.*, 2019, 147 ss.
- M. D'APONTE, *La tutela della salute del lavoratore dopo il Jobs Act*, Torino, 2018.
- S. D'ERRICO – J. POLIMENI – M. MARTELLONI – P. FRATI, *Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un primo passo verso la «certificazione» dell'expert witness?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1747.
- A. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 357 ss.
- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 241 ss.
- N. DE LUCA, *Covid-19, rischio sanitario e assicurazioni. Prime riflessioni*, in *Danno resp.*, 2020, 334 ss.
- F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Roma, 1946, 157 ss.
- A. DE MATTEIS, *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 390 ss.
- A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 355 ss.
- A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020, 10 ss.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 1999, 781 ss.

- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno resp.*, 2005, 23 ss., nota a Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impresa*, 2014, 123 ss.
- R. DE MATTEIS, *Errore e responsabilità in medicina*, in *Resp. med.*, 2017, 63 ss.
- R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Milano, 2017.
- A. DE MAURO, *La disciplina delle immissioni tra indennizzo e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2018, 291 ss.
- C. DE MENECH, *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. comma, c.p.c. Tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139)*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 726 ss.
- C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei « danni punitivi »*, Padova, 2019.
- G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucri cum damno*, in *Jus civile*, 2018, 1, 58.
- D. DE STROBEL, *Assicurazione r.c.*, Milano, 1974.
- M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impresa*, 2017, 1142 ss.
- F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, 3331 ss., nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589.
- F. DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le "tabelle" romane e boccia quelle milanesi?*, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28989, 28988 e Cass. 17 ottobre 2019, n. 26304.
- A. DI LANDRO – M. IOSSA, *Covid, 500 famiglie chiedono al governo di essere risarcite*, in *Corriere della sera*, 23 dicembre 2020.
- F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 264 ss.
- A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589.

- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003.
- A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33 ss.
- G. DI MARTINO, *Permangono consistenti dubbi sulla compensatio lucri cum danno*, in *Giur. it.*, 2020, 558, nota a Cass. 14 febbraio 2019, n. 4309.
- G. DI ROSA, *Il mandato. Artt. 1710-1730*, in *Comm. codice civile*, fondato da Piero SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2017, 162 ss.
- G. DONADIO, *Responsabilità sanitaria*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 2238 ss.
- A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2016.
- R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1195 ss.
- R. DULIO, *I danni da vaccinazione non obbligatoria ma raccomandata sono indennizzabili?*, in *Dir. giust.*, 2022, 5 ss., nota a Cass. 30 maggio 2022, n. 17441.
- G. DUNCAN, *Boundary Disputes in the ACC Scheme and the No-Fault Principle*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 27 ss.
- J. DUTE, *A Comparison of No-Fault Compensation Schemes*, in J. DUTE – M.G. FAURE – H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Wien, 2004, 471 ss.
- B. EATON, *Ending Fault in Accident Compensation: Issues and Lessons from Medical Misadventure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 822 ss.
- R.A. EPSTEIN, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, in *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1, No. 1 (1976), 87 ss.
- L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.
- J. F. HOGG, *The Tale of a Tail*, 24 *William Mitchell Law Review* 515, 1998, 517.
- G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 104 ss.
- G. FACCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 222 ss., nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28987.
- G. FACCI, *L'azione di "recupero" della struttura nei confronti del sanitario tra Corte dei conti e giudice ordinario*, in *Corr. giur.*, 2021, 237 ss.

- G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di polizze claims made*, Torino, 2023.
- M. FACCIOLI, “Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria, in *Contr. impresa*, 2014, 79 ss.
- M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 659 ss.
- M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018.
- M. FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, L. n. 24 del 2017)*, in *Contr. impresa*, 2020, 1059 ss.
- M. FACCIOLI, *Il ruolo dell’art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da covid-19*, in *Resp. med.*, 10 aprile 2020.
- M. FAURE, *Economic Observation Concerning Optimal Prevention and Compensation of Damage Caused by Medical Malpractice*, in J. DUTE – M.G. FAURE – H. KOZIOL, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector, No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Wien, 2004, 5-87.
- P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell’illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. giur.*, 2009, 523 ss.
- L. FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l’intervento dirimente delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 689 ss., nota a Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556.
- M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008.
- M. FERRARI, *I nuovi confini della “compensatio lucri cum damno”*, in *Contr. impresa*, 2014, 1197 ss.
- V. FINESCHI – P. FRATI – C. POMARA, *I principi dell’autonomia vincolata, dell’autonomia limitata e dell’affidamento nella definizione della responsabilità medica. Il ruolo del capo-équipe e dell’assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 261 ss.
- A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 899 ss.
- FLEMING JAMES JR – J.V. THORNTON, *The Impact of Insurance on the Law of Torts*, 15 *Law and Contemporary Problems*, 1950, 431 ss.

- J. FLEMING, *Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance*, 57 *Yale L.J.*, 1948, 549 ss.
- J. FLEMING, *C'è un futuro per i torts?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 271 ss.
- M. FOGLIA, *Il prisma della prestazione medica e l'“azzeramento” dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 372 ss.
- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 710 ss.
- M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 1251 ss.
- M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Vol. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, 2013, 520 ss.
- M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, 271 ss.
- M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 5 ss.
- M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 2020, 139 ss.
- M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno resp.*, 2020, 7 ss.
- M. FRANZONI, *La responsabilità del medico e della struttura ai tempi del coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2336 ss.
- M. FRANZONI, *La scoperta dell'art. 2057 c.c.*, in *Danno resp.*, 2023, 269 ss.
- P. FRATI – P. MANCARELLA – F. VIZZINO – R. LA RUSSA – V. FINESCHI, *Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid-19: è già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017?*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1714 ss.
- P. FRATI – A. CAMPOLONGO – A. ALESII – R. LA RUSSA – N. DI FAZIO – V. LO VOI – V. FINESCHI, *Tutele azionabili nei confronti del Ministero della Salute per danni da vaccinazione anti covid-19*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1353 ss.
- D.M. FRENDIA, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1325 ss.
- D.M. FRENDIA, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 305 ss., nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28993.

- A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*, in *Danno resp.*, 2014, 1021 ss., nota a Cass. 16 ottobre 2014, n. 235.
- A. FURLANETTO – F. MACRÌ, *Il risarcimento in forma di rendita vitalizia ex art. 2057 c.c. del danno patrimoniale futuro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1609 ss.
- A. FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 2, 345 ss.
- F. G'SELL-MACREZ, *Medical Malpractice and Compensation in France. Part I*, in (edited by) K. OLIPHANT – R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, cit., 159 ss.
- M. GAGLIARDI, *Ancora su equità e tabelle: Milano capitale d'Italia (almeno per la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona)? Segnali contrastanti*, in *Dir. fisc. assic.*, 2011, 1568 ss., nota a Cass., 7 giugno 2011, n. 12408.
- M. GAGLIARDI, *Legittimo l'art. 139 cod. ass. per la liquidazione dei danni alla persona di lieve entità. Il valore del sistema rc auto ed il rischio di non chiarire quale sia*, in *Giur. cost.*, 2014, 3719, nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.
- M. GAGLIARDI, *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1219 ss.
- P. GALLO, *Dell'accordo delle parti. Art. 1328. Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Milano, 2011, 337 ss.
- P. GALLO, *Compensatio lucri cum damno e benefici collaterali*, in *Giur. it.*, 2018, 66 ss.
- A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, 2017.
- F. GAMBINO, *La nuova responsabilità del medico. Il 'ritorno' all'art. 2043 c.c.?*, in (a cura di) M. CINGOLANI – F. GAMBINO, *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, 2019.
- B.A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2019, 1194.
- A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1061 ss.
- R. GASKINS, *Reading Woodhouse for the Twenty-First Century*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 12.
- R. GASKIN, *Accounting for Accidents: Social Costs of Personal Injuries*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2010, 41.

R. GASKIN, *The Enigma of Community Responsibility: Ethical Reflections on Accident Compensation*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 46, 2015, 789.

T. GASPARRO, *Il rinascimento del danno alla persona post. SS UU/2008 tra automatismi e duplicazioni. L'opzione della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1785 ss., nota a Trib. Trieste, 5 aprile 2012.

G.L. GATTA, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.com, nota a Corte Cost., ord., 6 dicembre 2013, n. 295.

M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2008, 1002, nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

F. GELLI – M. HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in (a cura di) F. GELLI – M. HAZAN – D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 1-19.

G. GENTILE, *Le varie figure della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 349 ss.

M. GIACCAGLIA, *Ancora sul risarcimento del danno permanente alla persona mediante rendita vitalizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 541 ss., nota a Trib. Milano, 14 maggio 2019.

G. GIANNETTI, *Covid e non indennizzabilità in forza di polizza infortuni privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1217 ss.

G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1892, 276 ss.

M. GIROLAMI, *La revoca delle dichiarazioni contrattuali, I, Formazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, a cura di C. GRANELLI, 2023, 356 ss.

J. GORDLEY, *The development of liability between neighbours*, in *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe*, a cura di J. GORDLEY, Cambridge, 2014, 3 ss.

M. GORGONI, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento o indennizzo?*, in *Danno resp.*, 1997, 738 s.

M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 952 ss.

M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1840 ss.

M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856 ss., nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 174 ss., nota a Trib. Milano, 2 dicembre 2014, n. 1430.

M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med.*, 2017.

G. GORLA, « *Ratio decidendi* », principio di diritto (e « *obiter dictum* »). – *A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell’offerta contrattuale*, in *Foro it.*, 1964, V, 90 ss.

C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 410 ss.

C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss.

D. GREENBERG, *Jowitt’s Dictionary of English Law. Vol II*, London, 2019, 1614.

M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2018.

E. GUERINONI, *Obbligazione da “contatto sociale” e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Danno resp.*, 1999, 294 ss.

E. GUERINONI, *Soggetti e responsabilità nell’esercizio privato di attività sanitarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 921 ss.

L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte Costituzionale e l’inedita funzione sociale del diritto alla salute*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1392, nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull’art. 7, co.3, l. 8-3-2017, n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss.

L. GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, in *Jus*, 5, 2020, 236 ss.

M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, 75 ss.

M. HAZAN, *L’azione diretta nell’assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno resp.*, 2017, 319 ss.

M. HAZAN, *Il decreto attuativo della Legge Gelli: luci ed ombre*, in *Diritto e Giustizia*, 4 marzo 2024.

G. HELLERINGER, *Medical Malpractice and Compensation in France*, in (edited by) K. OLIPHANT – R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, 163 ss.

O.W. HOLMES, *The Common Law*, Cambridge, Massachusetts and London, John Harvard Library, rist. 2009, 88.

M. HOOK, *New Zealand's Accident Compensation Scheme and Man-made Disease*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, 39(2), 289 ss.

B. HOWELL, *Medical Misadventure and Accident Compensation in New Zealand: An Incentives-Based Analysis*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 857 ss.

C. IORIO, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus*, in *judicium.it*.

T.G. ISON, *The Forensic Lottery. A critique on Tort Liability as a system of Personal Injury Compensation*, London, 1967.

T.G. ISON, *Accident Compensation: A Commentary on the New Zealand Scheme*, London, 1980.

T.G. ISON, *Changes to the accident compensation system: An international perspective*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 1993, 23.

G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3 ss.

U. IZZO, *Blood, Bureaucracy and Law: Responding to HIV-Tainted Blood in Italy*, in E. FELDMAN - R. BAYER, *Blood Feuds: Aids, Blood, and the Politics of Medical Disaster*, 1999, New York-Oxford, 213 ss.

U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2005, 130 ss.

U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come "latinismo di ritorno"*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1738 ss.

U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti) – atto II*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 40 ss.

U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 198 ss.

U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1786 ss.

U. IZZO, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 80 ss.

J.V. JACOBI – N. HUBERFELD, *Quality Control, Enterprise Liability, and Disintermediation in Managed Care*, 29 *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2001, 305 ss.

D. JUTRAS, *Alternative compensation schemes from a comparative perspective*, in (edited by) M. BUSSANI – A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Cheltenham, Northampton, 2021, 140 ss.

P.N.J. KASSIM, *No-fault compensation for medical injury: the New Zealand experience*, in *IJUM Law Journal*, 2003, 11, 83 ss.

R.E. KEETON – J. O'CONNEL, *Basic Protection for the Traffic Victim: A Blueprint for Reforming Automobile Insurance*, Little, Brown, 1965.

R.E. KEETON, *Creative Continuity in the Law of Torts*, in *Harvard Law Review*, 75, 3, 1962, 463.

R.E. KEETON, *The Case for No-Fault Insurance*, 44 *Miss. L.J.*, 1973.

K. KEITH, *The Law Commission's 1988 Report on Accident Compensation*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2003, 34, 293 ss.

J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemande*, Paris, 2013.

J. KNETSCH, *Compensation Funds in France and Germany*, in T. VANSWEEVELT - B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, 49.

J. KNETSCH, *The French Medical Accident Compensation Scheme. A critical Assessment of the Patients' Rights Act of 4 March 2022*, in (edited by) D. BACH-GOLECKA, *Compensation Schemes for Damages Caused by Healthcare and Alternatives to Court Proceedings. Comparative Law Perspectives*, Cham, 2021, 179 ss.

J. KNETSCH – K. WATTS, *What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related personal injury?*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, 2023.

H. KOZIOL, *Compensation for Personal Injury: Comparative Incentives for the Interplay of Tort Law and Insurance Law*, in *European Journal of Tort Law*, 2017, 41 ss.

L. LA BATTAGLIA, *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 327.

L. LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, 98 ss., nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28993.

L. MATTINA, *“Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, in *Danno resp.*, 2015, 47 ss., nota a Trib. Milano, 17 luglio 2014 (Rel. Gattari) e Trib. Milano, 14 giugno 2014 (Rel. Flamini).

B. LA MONICA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno resp.*, 2006, 471 ss.

L. LA PECCERELLA, *Il Testo Unico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a cinquanta anni dalla promulgazione. Il percorso evolutivo e le sue prospettive*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, 192 ss.

L. LA PECCERELLA – E. GAMBACCIANI, *La tutela infortunistica del danno biologico supera il vaglio di costituzionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1343, nota a Corte Cost., 19 dicembre 2006, n. 426.

A. LA TORRE, *Colpa, rischio e danno fra responsabilità e assicurazione*, in *Ass.*, 1979, I, 320.

A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, 2^a ed., Milano, 2000, 255.

Y. LAMBERT-FAIVRE – S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris, 2022.

S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004.

S. LANDINI, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 461 ss., nota a Cass. 4 aprile 2004, n. 4400.

S. LANDINI, *Le SS.UU. fanno il punto sul "danno non patrimoniale" - Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., nota a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

S. LANDINI, *Sottotipi di assicurazione contro i danni*, in *V. Mercati regolati*, in (a cura di) V. ROPPO, *Trattato dei singoli contratti*, Milano, 2014, 561 ss.

S. LANDINI, *Assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica e strumenti privatistici nella lotta alle frodi assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 26 ss.

A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3331 ss., nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589.

A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno resp.*, 2003, 46 ss., nota a Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346.

C. LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, in *Danno resp.*, 2007, 894 ss.

A.M. LINDEN, *Faulty No-Fault: A Critique of the Ontario Law Reform Commission Report on Motor Vehicle Accident Compensation*, in *Osgoode Hall Law Journal* 13.2 (1975), 449 ss.

- L. LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1893 ss.
- L. LOCATELLI, *Pandemia, legislazione d'emergenza e deontologia*, in *Danno resp.*, 2020, 581 ss.
- G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 2012, 238 ss.
- F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 169 ss.
- M. MACCARONE, *Le immissioni. Tutela reale e tutela della persona. Danno esistenziale*, Milano, 2002.
- S. MACLEOD – C. HODGES, *Redress Schemes for Personal Injuries*, London, 2017.
- M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020.
- M. MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica*, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28990.
- R. MAHONEY, *Informed Consent and Breach of the Medical Contract to Achieve a Particular Result: Opportunities for New Zealand's Latent Personal Injury Litigators to Peek Out of the Accident Compensation Closet*, in *Otago Law Review*, 1985, 6, 107.
- C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 462.
- L. MALCOLM - P. BARNETT, *Disclosure of treatment injury in New Zealand's no-fault compensation system*, in *Australian Health Review*, 2007, 31, 1, 116 ss.
- A. MANIACI, *La promessa di matrimonio. Artt. 79-81*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, 129 ss.
- J. MANNING, *Health Care Law. Part 2 – Legislative Developments*, in *New Zealand Law Review*, 2004, 404 ss.
- J. MANNING, *Health Law in New Zealand*, Wellington, 2005, 1012 ss.
- J. MANNING, *Factual causation in medical negligence*, in *Journal of Law and Medicine*, 2007, 15, 337.
- J. MANNING, *Access to justice for New Zealand health consumers*, in *JLM*, 2010, 18, 178 ss.

- J. MANNING, *Plus ça change, plus c'est la même chose: Negligence and Treatment Injury in New Zealand's accident compensation scheme*, in *Medical Law International*, 14, 2014, 22 ss.
- J. MANNING, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in P. SKEGG - R. PATERSON, *Medical Law in New Zealand*, Wellington, 2016, 679.
- A. MANTELERO, *Il ruolo dello Stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa. Tre variazioni sul tema: uranio impoverito, emoderivati e Vajont*, Torino, 2013, 96 ss.
- G. MARANDO, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2006.
- G. MARANDO, *Responsabilità. Danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, 501 ss.
- M. MARAZZA, *Contratto di lavoro e organizzazione, II, Diritti e obblighi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, Milano, 2012, 1766.
- D. MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli, 2019, 162 ss.
- E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 189 ss.
- V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.
- G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018 e 2021.
- J.R. MARTIN, *Establishment of the Accident Compensation Commission 1973: Administrative Challenges*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 249 ss.
- C.M. MASIERI, *Emergenza pandemica e (ir)responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1304 ss.
- V. MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, 111.
- J.M. MATHESON, *Compensation for Personal Injury in New Zealand: The Woodhouse Report*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1969, 191 ss.
- D.L. MATHIESON, *Royal Commission of Inquiry: Compensation for Personal Injury in New Zealand*, in *The Modern Law Review*, 1968, 544 ss.
- S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 501 ss.

C. MAZZANTI, *Danno permanente alla persona e risarcimento sotto forma di rendita vitalizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 621 ss.

M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 122.

M.A. MAZZOLA, *Le immissioni*, in (a cura di) R. CLARIZIA, *Proprietà e diritti reali*, Torino, 2016, 373 ss.

C. MAZZUCATO – A. VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto “integrato” di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 847 ss.

G. MCLAY, *Accident Compensation – What’s the Common Law Got to Do With It?*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 56.

M.M. MELLO – A. KACHALIA – D.M. STUDDERT, *Administrative Compensation for Medical Injuries: Lessons from Three Foreign Systems*, in *Issues in International Health Policy*, 2011, 4.

L. MENGONI, *Irrilevanza dello stato di necessità in tema di responsabilità contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, II, 361 ss.

L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.

L. MENGONI, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 141 ss.

R. MERKIN – J. STEELE, *Insurance and the Law of Obligations*, Oxford, 2013, 30 ss.

A. MERRY – A. SMITH MCCALL, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2001.

T. MIJATOV – T. BARRACLOUGH – W. FORSTER, *The Idea of Access to Justice: Reflections on New Zealand’s Accident Compensation (or Personal Injury) System*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 33, 2, 2016, 197 ss.

E. MINERVINI, *Vaccinazioni ed epidemia da Covid-19*, in *Danno resp.*, 2021, 602 ss.

A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 154.

P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss., nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2020, 153 ss.

P.G. MONATERI, *La responsabilità civile "individualista" e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*, in *Danno resp.*, 2023, 5 ss.

A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 393 ss.

M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2, 2016, 23 ss.

J. MUNKMAN, *Employer's liability at common Law*, 6th ed., London, 1966.

G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229-2238*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, 461.

E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 506 ss.

A. NICOLUSSI, *La legittimità dell'atto medico tra finalità sociale e consenso informato*, Atti del convegno *Responsabilità sanitaria: dal contenzioso medico alle assicurazioni alla luce della legge 24/2017*, svoltosi a Parma il 13 ottobre 2017, Parma Medica, 2018, 6 ss.

A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 871, nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 475 ss.

L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010.

L. NOCCO, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale: ovvero come ripartire i rischi in sanità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1209 ss.

L. NOCCO, *I limiti ed i presupposti dell'azione di rivalsa prima della l. 24/17*, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28987.

G. NORELLI, *La "perdita di chance" di guarigione come danno conseguente alla condotta medica omissiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 798 ss., nota a Cass. 4 aprile 2004, n. 4400.

K. OLIPHANT, *Defining "Medical Misadventure". Lessons from New Zealand*, in *Medical Law Review*, 4, 1996, 4.

K. OLIPHANT, *Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 35, 2004, 915 ss.

- K. OLIPHANT, *Beyond Misadventure: Compensation For Medical Injuries in New Zealand*, in *Medical Law Review*, 15, 2007, 357 ss.
- K. OLIPHANT, *Compensation, Ideology and Patient Safety in New Zealand's No-Fault System*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 3, 2009, 18 ss.
- K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical malpractice and Compensation in Global Perspective*, Berlin, 2013.
- L. OLIVERI, *Responsabilità medica e pandemia; una nuova occasione di riflessione sul positivismo giuridico*, in *Danno resp.*, 2022, 161 ss.
- L. OLIVERI, *Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Contributo a un'analisi funzionale*, Pisa, 2024.
- F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la Legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1773 ss.
- A. PALAZZO, *Doveri di protezione e di tutela della persona*, in *Danno resp.*, 1999, 585 ss.
- G. PALMER, *Compensation for Incapacity. A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Wellington, 1979, 255 ss.
- G. PALMER, *New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1994, 223 ss.
- G. PALMER, "The nineteen-seventies": summary for presentation to the accident compensation symposium, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 247.
- G. PALMER, *The Future of Community Responsibility*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 905.
- G. PALMER, *A Retrospective on the Woodhouse Report: The Vision, the Performance and the Future*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 50, 2019, 402.
- M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 328 ss.
- M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno resp.*, 2009, 704 ss.
- R. PARDOLESI – P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*, in *Danno resp.*, 2018, 410 ss., nota a Cass., sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.
- R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 162 ss.

- R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Infezioni nosocomiali: responsabilità in cerca d'identità*, in *Danno resp.*, 2023, 476 ss., nota a Cass. 3 marzo 2023, n. 6386.
- R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 261.
- I. PARTENZA, *Le colpe della colpa: i benefici di un sistema no-fault per la responsabilità sanitaria*, in *Resp. med.*, 2020, 237 ss.
- A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, 1067 ss.
- A. PARZIALE, *Vaccinazione raccomandata anti-epatite A: il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'estensione della tutela indennitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2135 ss.
- C. PAUL, *Internal and External Morality of Medicine: Lessons from New Zealand*, in *British Medical Journal*, 2000, 320, 499 ss.
- G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, 657 ss.
- N. PELLINI, *L'evento morte nelle polizze infortuni private. Recenti sviluppi sul caso Covid-19 tra conferme e smentite: l'ultima parola alla Cassazione?*, in *Danno resp.*, 2024, 24 ss.
- S. PENK – M. RUSSELL, *New Zealand Law: Foundations and Method*, Wellington, 2018.
- P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1062.
- M. PERSIANI – M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2019, 10 ss.
- M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, in *Enc. del diritto. Annali, IV*, 2011.
- F. PIAIA, *La responsabilità per condotta autolesiva dell'allievo: tra risarcimento del danno e onere della prova*, in *Danno resp.*, 2016, 271 ss., nota a Cass. 12 ottobre 2015, n. 20475.
- F. PIAIA, *La rendita vitalizia ex art. 2057 c.c., tra discrezionalità del giudice e criteri uniformi di calcolo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 55 ss., nota a Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574.
- F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, 888 ss.
- F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 464 ss.
- F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 169 ss.

F. PIRAINO, *Stato di necessità*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 1048 ss.

A. PIRAS, *Principi del diritto comunitario e obbligo a contrarre nel ramo r.c. auto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2263 ss., nota a Corte Giust. UE, grande sezione, 28 aprile 2009, n. 518.

P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sistema penale*, 23 febbraio 2024.

A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022.

A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile (compensativa) in un mondo asimmetrico*, in *Danno resp.*, 2023, 567 ss.

F. PISTELLI, *Causalità e personalismo nella responsabilità da vaccinazione*, in (a cura di) C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2023, 543 ss.

D. PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?*, in *Contr. impresa*, 2020, 418 ss.

E. PODDIGHE, *I "mass torts" nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008.

F. POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*, in *Danno resp.*, 2023, 94 ss., nota a Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574.

D. POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni*, in *Foro it.*, 1991, I, 1664 ss., nota a Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 87.

D. POLETTI, *Danni alla persona negli « accidenti da lavoro e da automobile »*, Torino, 1996.

D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 177 ss.

D. POLETTI, *L'azione diretta per gli « accidenti » derivanti dall'esercizio dell'attività e della professione sanitaria*, in (a cura di) G. IUDICA, *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 351 ss.

F. PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1256 ss., nota a Trib. Milano, 21 marzo 2013.

G. PONZANELLI – A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, 952 ss.

- G. PONZANELLI, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 3.
- G. PONZANELLI, *Nuove figure di danno alla persona e tecniche assicurative*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 415 ss.
- G. PONZANELLI, *Equo ristoro e danni da vaccinazione antipolio*, in *Foro it.*, 1990, I, 1239 ss.
- G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!*, in *Foro it.*, 1990, I, 2694, nota a Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307.
- G. PONZANELLI, «*Pallino anonimo*», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «*welfare state*», in *Foro it.*, 1992, I, 1347 ss.
- G. PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I, 1248 ss.
- G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.
- G. PONZANELLI, «*Pochi, ma da sempre*»: la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità, in *Foro it.*, 1996, I, 2332.
- G. PONZANELLI, *Danni da vaccinazione non obbligatoria: indennizzo ex artt. 2 e 38 Cost.?*, in *Danno resp.*, 1997, 372 ss., nota a Pret. Massa, 10 ottobre 1996.
- G. PONZANELLI, *Quantum dell'indennizzo retroattivo: cronaca di miserie legislative*, in *Danno resp.*, 1997, 503, nota a Trib. Firenze, 5 febbraio 1997.
- G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un primo commento alla legge n. 238/1997*, in *Danno Resp.*, 1997, 649 ss.
- G. PONZANELLI, *La misura dell'indennizzo per le 'vittime' di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1998, I, 1370 ss., nota a Corte Cost., 26 febbraio 1998, n. 27.
- G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio «tribolato»*, in *Foro it.*, 2001, I, 600.
- G. PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un'ulteriore lacuna della legge n. 210/92*, in *Danno resp.*, 2003, 154 ss., nota a Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 476.
- G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 327 ss.

- G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in (a cura di) M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67 ss.
- G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461, nota a Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183.
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 29 ss.
- G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 571 ss.
- G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno resp.*, 2012, 609, nota a Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781.
- G. PONZANELLI, *L'indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2012, 1069 ss.
- G. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 149.
- G. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno resp.*, 2013, nota a Cass. 20 novembre 2012, n. 20292.
- G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale e in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impresa*, 2015, 620 ss.
- G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2016, 221 ss.
- G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno resp.*, 2016, 816 ss.
- G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 356 ss.
- G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss., nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.
- G. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 246 ss.
- G. PONZANELLI, *I danni subiti da CoViD-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 137 ss.
- G. PONZANELLI, *Il Restatement dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2020, 5 ss.

G. PONZANELLI, *La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona*, in *Foro it.*, 2020, *Gli speciali*, nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28989, 28988 e Cass. 17 ottobre 2019, n. 26304.

G. PONZANELLI, *Il fascino irresistibile dei piani no-fault*, in *Jus*, 2021, 125 ss.

G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza*, in *Contr. impresa*, 2021, 1027 ss.

G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020.

G. PONZANELLI, *Sostenibilità delle regole di responsabilità civile*, in *Contr. impresa*, 2023, 724 ss.

G. PONZANELLI, *La Terza Sezione della Cassazione e la responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2024, 5 ss.

T. POPA, *Don't Look for Fault, Find a Remedy! Exploring Alternative Forms of Compensating Medical Injuries in Australia, New Zealand and Belgium*, in *Tort Law Review*, 2019, 27, 128 ss.

S. PORCHY-SIMON, *Panorama général et typologie des fonds*, in *GRECA, La socialisation de la réparation: fonds d'indemnisation et assurances*, Bruxelles, 2015, 119 ss.

G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 707 ss.

G. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 *Yale L.J.*, 1987, 1521 ss.

A. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, in *Foro it.*, 1990, I, 2694 ss.

L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 374 ss.

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993, 58 s.

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 824 ss.

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le SS.UU. fanno il punto sul "danno non patrimoniale" - Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., nota a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, 779 ss.

- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum, in *Danno resp.*, 2020, 75 ss., nota a Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992.
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2023, 136 ss.
- W.L. PROSSER – W.P. KEETON, *The Law of Torts*, 5^a ed., a cura di W.P. KEETON, DOBBS, R.E. KEETON, Owen, St. Paul, 1984, 584.
- C. PRUSSIANI, *La tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità: tra antichi dibattiti e nuove prospettive della fattispecie indennitaria*, in *Contr. impresa*, 2023, 277 ss.
- R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica [Considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007]*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 445 ss.
- R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008, 43 ss., nota a Cass. 18 ottobre 2007, n. 21619.
- R. PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36 ss.
- R. PUCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1796 ss.
- R. PUCELLA, *La relazione di fiducia tra medico e paziente*, in *Resp. med.*, 2019, 75 ss.
- R. PUCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl., 24 ss.
- R. PUCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco*, in *Resp. med.*, 2022, 366.
- A. PURPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 810.
- I. PUXEDDU, *Divieto di cumulo e indeterminatezza del lucrum*, in *Corr. giur.*, 2019, 1040.
- E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in (a cura di) M. COMPORTE e G. SCALFI, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 97 ss.
- E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 27 ss.
- A. QUERCI, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346 ss., nota a Cass. 10 novembre 2008, n. 26883.

- A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Jus civile*, 2013, 901 ss.
- R.L. RABIN, *Some Thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme*, in *Maryland Law Review*, 52, 1993, 951 ss.
- J. REASON, *Human error*, Cambridge, 1990.
- J. REASON, *Human error: models and management*, in *British Medical Journal*, 2000, 768.
- L. REGAZZONI, *In attesa delle sezioni unite: regresso o surrogazione dell'impresa designata dal fondo di garanzia per le vittime della strada?*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 486 ss.
- G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948.
- R. RIVERSO, *Fondamento e limiti dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, 663 ss.
- N. RIZZO, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 295 ss.
- N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1811 ss.
- N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss., nota a Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992.
- N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2023.
- P. ROBERTS, *Policy to Protection: The Role of Human Nature and System Nature in Preventing Patient Injury*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2004, 35, 829 ss.
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in (a cura di) M. COMPORI - G. SCALFI, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 19 ss.
- A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.
- G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno resp.*, 2015, 329 ss.
- G. ROMAGNOLI, *L'attesa per l'operatività della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1387 ss.
- V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. impresa*, 1993, 891 ss.

- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 145 ss.
- M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria della R.C.A.*, Torino, 2010, 368 ss.
- M. ROSSETTI, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, in *Corr. giur.*, 2010, 455 ss., nota a Corte Giust. UE, grande sezione, 28 aprile 2009, n. 518.
- M. ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del Massimario*, 2011, 2, 15.
- M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*, in *Corr. giur.*, 2014, 1483 ss., nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.
- R. ROSSI, *Il paradosso del nesso di causalità materiale come elemento costitutivo della responsabilità contrattuale (medica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 863 ss., nota a Cass. 31 agosto 2020, n. 18102.
- ROYAL COMMISSION TO INQUIRY INTO AND REPORT UPON WORKERS' COMPENSATION, *Compensation for personal injury in New Zealand*, Wellington (Government Printing Office), 1967.
- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- U. RUFFOLO, *Le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2021, 488 s.
- F. RUGGIERO, *La specialità dell'azione recuperatoria dell'impresa designata dal Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada: via di fuga o soluzione obbligata?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 999 ss., nota a Cass., sez. un., 7 luglio 2022, n. 21514.
- J. RURU – P. SCOTT – D. WEBB, *The New Zealand Legal System. Structures and processes*, Wellington, 2016.
- I. SABBATELLI, *Risarcimento del danno morale nelle lesioni micropermanenti: possibile compressione dei danni risarcibili e compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 820, nota a Corte Giust. UE, 23 gennaio 2014, n. 371/12.
- N. SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1351 ss.
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019.
- P. SANTORO, *Infortuni o Malattie (per il tribunale di Torino) pari sono... se il decesso è causato da un'infezione "virulenta" da Sars-Cov-2*, in *Danno resp.*, 2022, 772 ss.
- I. SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. impresa*, 2005, 97 ss.

- G. SCADUTO – D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 702 ss.
- A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno resp.*, 2007, 965 ss., nota a Cass. 13 aprile 2007, n. 8826.
- G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1490 ss.
- C. SCARPELLINO, *Danno permanente e rendita vitalizia: note in margine a una sentenza milanese*, in *Danno resp.*, 2019, 647 ss., nota a Trib. Milano, 14 maggio 2019.
- E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in *Questione giustizia*, 10 aprile 2020.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile e una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1826 ss., nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. 3, 140 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corr. giur.*, 2020, 304 ss., nota a Cass. 19 novembre 2019, nn. 28991 e 28992.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla “irretroattività” della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 318 ss., nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28994.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno e la sua prova nell'azione di classe (a proposito del c.d. Dieselgate)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 169 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 594.
- M.R. SCOTTI, *Vaccinazione e prodotto farmaceutico nel sistema della responsabilità civile da attività lecita. Una lettura alla luce dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, 24 ss.
- V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 301 ss.

- C. SGANGA, *Le SS.UU. fanno il punto sul “danno non patrimoniale” - Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., nota a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.
- S. SHAVELL, *On liability and insurance*, 13 *Bell J. of Economics*, 1982, 120 ss.
- A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria. Regole, attori e problemi nel “modello svedese” di riparazione del danno alla persona*, Torino, 2000.
- P. SIRENA, *I principi dello European Law Institute sulla pandemia di Covid-19*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 890 ss.
- J. SMITH, *Sequel to Workmen’s Compensation Acts*, in *Harvard Law Review*, 1914, 27, 235 e 344 ss.
- S.D. SUGARMAN, *Doing Away With Personal Injury Law. New Compensation Mechanisms for Victims, Consumers, and Business*, New York – Westport – London, 1989.
- E. TAMMARO, *Prova e danno nelle immissioni. Dalla fattispecie alla tutela giudiziaria*, Milano, 2014.
- S. TAYLOR – D. FAIRGRIEVE – V. WESTER-OUISSSE, *Medical Accidents and Pharmaceutical Product Liability in France*, in (edited by) M. DYSON, *Regulating Risk Through Private Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 312 ss.
- S. TAYLOR, *Medical Accident Liability and Regress in English and French Law*, Cambridge, 2015.
- D. TENNENT, *Degenerative conditions: one of the dilemmas of accident compensation cover. Is there a way of clarifying the confusion in order to achieve fairness?*, in *New Zealand Universities Law Review*, 2009, 23, 315.
- D. TENNENT, *Accident Compensation Law*, Wellington, 2013.
- G. TERLIZZI, *Il dies a quo della prescrizione tra tutela del danneggiato e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 2008, 1695 ss., nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 583.
- THE ROYAL COMMISSION ON SOCIAL POLICY, *The April Report. Future Directions* (vol. 2), Wellington, 1988.
- D. THOUVENIN, *French Medical Malpractice Compensation Since the Act of March 4, 2002: Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings*, in *Drexel Law Review*, 2011, 4, 165 ss.
- R. TOBIN, *Common Law Actions on the Margin*, in *New Zealand Law Review*, 2008, 40 ss.

- S. TODD, *Treatment Injury in New Zealand*, in (edited by) K. OLIPHANT - R.W. WRIGHT, *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, Berlin, 2013, 292 ss.
- S. TODD, *Todd on Torts*, 8th ed., Wellington, 2019, 149 ss.
- G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 153 ss.
- M. TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389 ss., nota a Trib. Monza 7 giugno 1995.
- G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *giustiziacivile.com*, 3 marzo 2017.
- G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1805 ss.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- P. TRIMARCHI, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.*, 2014, 5 ss.
- P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 199 ss.
- R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, 100 ss.
- G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 249 ss.
- P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, in (a cura di) P. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 273 ss.
- A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1989.
- M. URHO, *Compensation for Drug-Related Injuries*, in *European Review of Private Law*, 2018, 4, 467 ss.
- A. VALLINI, *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.
- W. VAN BOOM – M. FAURE, *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Wien-New York, 2007.
- M. VAN HOECKE, *Law and Method Methodology of Comparative Legal Research, Law and Method*, 2015, 1 ss.

- L. VANHOOFF – T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *So many funds, so many alternatives: compensation funds as a solution for liability issues in Belgium, the Netherlands and the United Kingdom*, in *European Journal of Commercial Contract Law*, 2016, 3-4, 42 ss.
- T. VANSWEEVELT – S. LIERMAN – W. BUELENS, *No-fault Law on Medical Accidents in Belgium: An Evaluation after Six Years*, in *Journal of European Tort Law*, 2019, 10(3), 257 ss.
- T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *Compensation Funds in Comparative Perspective*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020.
- M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 874 ss., nota a Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 5.
- G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno resp.*, 2008, 788 ss., nota a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.
- G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965.
- G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impresa*, 2002, 903 ss., nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.
- M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. giur.*, 2004, 1018 ss., nota a Cass. 4 aprile 2004, n. 4400.
- A. VOLPATO, *Compensare per riparare: il caso del danno da emotrasfusioni infette*, in *Danno resp.*, 2020, 724 ss., nota a Cass. 6 maggio 2020, n. 8532.
- A. VOLPATO, *Le stagioni dell'assicurazione claims made e le persistenti incertezze applicative*, in *Danno resp.*, 2022, 169 ss.
- A. VOLPATO, *Sui mobili confini dell'indennizzo da vaccinazione (raccomandata)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 79 ss.
- B. VON TIGERSTROM, *Current Developments in New Zealand Health Law*, in *Health Law Review*, 2004, 12, 18 ss.
- G. WAGNER, *Tort Law and Liability Insurance*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, 2006, 31, no. 2, 277 ss.
- G. WAGNER, *Comparative Tort Law*, in (edited by) M. REIMANN – R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, 994 ss.
- J. WALL, *In What Sense 'Rights'? Principles of Justice and the Code of Patient's Rights*, in *Aa.Vv., Law, Ethics and Medicine. Essays in Honour of Peter Skegg*, Wellington, 2016, 293 ss.

- J. WALL, *No-fault compensation and unlocking tort law's "reciprocal normative embrace"*, in *New Zealand Universities Law Review*, 2016, 125 ss.
- K. WATTS, *New Zealand's universal no-fault personal injury compensation fund*, in (a cura di) T. VANSWEEVELT – B. WEYTS, *Compensation funds in comparative perspective*, Cambridge, 2020, 98 ss.
- K. WATTS, *A comparative law analysis of no-fault comprehensive compensation funds. International best practice and contemporary applications*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2023.
- J.C. WHITE – E.W. THOMAS – B. MCCLELLAND – W.G. CLAYTON, *The Woodhouse Report. A Panel Discussion*, in *The New Zealand Law Journal*, 1969, 297 ss.
- B. WILKINSON, *The Accident Compensation Scheme: A Case Study in Public Policy Failure*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 34, 2003, 320 ss.
- O. WOODHOUSE, *Aspects of the Accident Compensation Scheme*, in *The New Zealand Law Journal*, 1979, 395 ss.
- C. YATES, *Law Commission proposals for accident compensation: What place for personal remedies?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 1989, 19, 29 ss.
- A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 78 ss.
- M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.
- F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1319 ss.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Per una "riscoperta" della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 131 ss.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297 ss.
- P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, e poi i nomi*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1826, nota a Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.
- P. ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1123 ss.
- D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno resp.*, 2017, 701 ss., nota a Cass. 26 luglio 2017, n. 18392.

D. ZORZIT, *La Legge Gelli e gli obblighi assicurativi: breve viaggio tra alcune questioni interpretative alla ricerca di un possibile approdo*, in *Danno resp.*, 2021, 72 ss.

M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 481 ss.

K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992.