

**Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. n. 8104 del 18.11.2010**

omissis

FATTO

Con la sentenza in epigrafe, il Tar dell'Abruzzo ha respinto il ricorso proposto dal dott. X. X., - medico ricercatore di ruolo dell'Istituto di Clinica chirurgica generale dell'Università degli Studi di C. "D.", in servizio assistenziale presso l'AUSL di C., Istituto di clinica chirurgica generale del P.O. "SS. A." (struttura convenzionata)-, inteso ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito di contagio da virus HCV (epatite virale di tipo C) contratto a causa del malfunzionamento di un dispositivo per il prelievo del sangue (c.d. "vacutainer"), che l'aveva costretto alla eliminazione manuale di un ago utilizzato su un paziente affetto, a sua volta, da virus HCV.

L'adito Tribunale affermava pregiudizialmente la propria giurisdizione (già attribuitagli da precedente sentenza del g.o. dinnanzi a cui la domanda era stata inizialmente proposta), ritenendo la vicenda riconducibile al rapporto contrattuale intercorrente tra il medico ricorrente e la ASL resistente.

Sul piano dell'onere della prova della responsabilità datoriale il Tar evidenziava la differenza sussistente tra le vicende riguardanti il datore di lavoro privato e quelle concernenti il rapporto tra dipendente e datore di lavoro pubblico, in quanto quest'ultimo agisce per definizione dell'interesse pubblico. Il ricorrente doveva quindi fornire la prova sia dell'esistenza ed entità del danno, sia, preliminarmente, della colpa e del nesso causale tra il comportamento dell'Amministrazione e il danno causato. Appariva pienamente provato il nesso causale tra puntura accidentale di un ago infetto e malattia contratta. Ma occorreva provare anche il nesso causale tra presunto difetto dell'apparecchiatura e la susseguente puntura.

Quanto alla presupposta difettosità del dispositivo ("vacutainer") il ricorrente non aveva spiegato in cosa consistesse il difetto dello stesso, che non poteva automaticamente discendere dal fatto che lo sfilamento dell'ago non fosse riuscito in concreto, potendo ciò dipendere, oltre che da errore umano, anche da fattori casuali non collegati al malfunzionamento.

Quanto al nesso causale tra il presunto difetto e la puntura (evento), la normale diligenza richiesta al medico avrebbe dovuto suggerire, in caso di mancato funzionamento dell'apparecchio, di procedere manualmente ma previa congrua protezione della mano con guanti, garze o simili, facilmente reperibili in ambiente ospedaliero, posto che le norme sulla prevenzione degli infortuni richiedono non solo l'attivazione di informazioni e operazioni da parte della aziende sanitarie, ma anche l'attiva partecipazione e collaborazione degli operatori.

Ciò era confermato dall'art.5 del d.lgs. n.626/94 nonché dagli artt. 1 e 9 del DM 28.9.1990, con misure precauzionali a carico del personale anche per l'effettuazione di prelievi tecnicamente di difficile esecuzione (tra cui l'uso obbligatorio di guanti), come specificato altresì nelle linee guida dettate dal Ministero della sanità, applicabili a tutte le malattie trasmesse dal sangue (G.U. n.235 del 28.9.1990), ove si impone agli operatori assistenziali, tra l'altro, l'uso dei dispositivi di protezione individuale (DPI), quali guanti, mascherine, occhiali, visiere, adatti alla manovra. Le linee guida rendono obbligatorie anche le Precauzioni Universali (idonee misure di barriera per evitare esposizione cutanea e mucosa ove sia prevedibile un contatto accidentale con sangue o altri liquidi biologici. dei pazienti).

Nel caso, dalla testimonianza dell'infermiere coadiuvante resa al g.o., non risultava con sicurezza che il ricorrente al momento dell'incidente ovvero appena accortosi del malfunzionamento, abbia indossato guanti adatti o altra idonea protezione. Per il Tar, dunque, non risultavano provati né la



difettosità dell'apparecchio, e la correlativa responsabilità dell'Amministrazione, né il nesso causale tra le eventuali carenze funzionali di esso e la ferita accidentale subita dal ricorrente. Emergeva anzi il "sospetto" di una negligenza nel rispettare la citata normativa di prevenzione infortunistica.

Appella l'originario ricorrente deducendo i seguenti motivi:

- 1) Violazione a falsa applicazione dell'art.2697 c.c. e dell'art.115 c.p.c. con riferimento all'art.2087 c.c. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.2087 c.c.
- 2) Erronea insufficiente e/o contraddittoria motivazione, anche sotto il profilo del travisamento.
- 3) Violazione del principio dispositivo e del diritto alla prova.

Il Tar, pur premettendo la propria giurisdizione sulla base della natura contrattuale degli obblighi che si assumono violati in causazione del danno da risarcire, contraddice la prevalente giurisprudenza della Cassazione in tema di riparto della prova in caso di violazione dell'obbligo di protezione e sicurezza sancito dall'art.2087 c.c., richiamando i principi degli artt.2697 c.c. e 115 c.p.c. ed erroneamente applicando il criterio di riparto dell'onere probatorio. La giurisprudenza della Cassazione, infatti, nel caso, come quello in esame, che sia stata accertata in sede di equo indennizzo la derivazione causale della patologia dall'ambiente di lavoro, e tale accertamento risulti utilizzabile ad opera del giudice di merito, ritiene che operi a favore del lavoratore l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art.2087 c.c., gravando sul datore l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso. Lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile il principio espresso dall'art.2087 c.c. al datore di lavoro pubblico (VI 21.3.2005, n.1131).

Il ricorrente, nell'ottica dell'art. 2087, immotivatamente ed illogicamente disapplicato dal Tar quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, doveva esclusivamente provare: a) l'infortunio subito; b) il danno conseguente, c) il nesso di causalità tra infortunio e danno, alla luce della nocività dell'ambiente di lavoro. Presupposti tutti comprovati.

È erroneo affermare che il ricorrente avesse l'onere di dimostrare, oltre alla difettosità dell'apparecchio, anche il "perché" esso non avesse funzionato, essendo invece onere dell'Amministrazione dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie per evitare il verificarsi dell'evento dannoso, ovvero il caso fortuito (così doveva dimostrare, e non lo ha fatto, l'effettuazione di ispezioni sullo stato di efficienza delle attrezzature, le sostituzioni periodiche delle stesse, di aver riscontrato l'indubbio malfunzionamento del dispositivo, o di averne imposto al medico la sostituzione, di aver adottato misure, strumenti o protocolli alternativi per il caso di malfunzionamento, sì da salvaguardare anche l'interesse generale alla prosecuzione del servizio.

Dunque, ai sensi dell'art.2087 c.c. e dell'art.3, lettere d) e f) del d.lgs. 25.1.1992, vigente all'epoca dei fatti, non solo è stata acquisita la prova dei presupposti della responsabilità datoriale rimessi all'onere del dipendente, ma non è stata data alcuna prova da parte dell'Amministrazione di elementi oggettivi capaci di elidere, o anche solo mitigare, la responsabilità per l'evento lesivo.

Le osservazioni svolte dal Tar nei paragrafi 9ss., appaiono atecniche, inconferenti e, comunque, fondate su presupposti erronei e travisati.

Tanto più che il ricorrente, al momento in cui operò lo sfilamento dell'ago, effettivamente indossava i guanti ed il Tar sul punto non ha correttamente inteso la testimonianza resa nel processo civile instaurato per indennità da assicurazione privata, tanto più che non si comprenderebbe per quale ragione il medico avrebbe dovuto togliere i guanti proprio all'atto dello sfilamento dell'ago. Nel dubbio, comunque, proprio alla luce del richiamato art.115 c.p.c., avrebbe dovuto ammettersi la testimonianza richiesta sin dall'atto introduttivo, è stato leso invece il diritto alla prova del ricorrente, con ulteriore vizio della decisione finale.



L'appello individua poi il soggetto tenuto all'obbligo risarcitorio nell'Azienda ospedaliera di C., proprietaria della struttura e titolare del potere-dovere di organizzazione e di spesa sulle varie unità operative e destinataria, verso il personale medico-universitario, giusta art.8 della convenzione con l'Università, "degli stessi obblighi assunti nei confronti dei propri dipendenti. La stessa Università ha pari responsabilità, quale titolare primaria del rapporto lavorativo, non solo per "culpa in eligendo" e/o "in vigilando", ma anche per negligenza ed imperizia riconducibile al potere direttivo esercitato sulla specifica unità operativa giusta la citata convenzione. Nell'elenco sub C allegato alla convenzione compaiono le Unità Operative a direzione ospedaliera e nell'elenco D quelle a direzione universitaria, in cui è compresa la U.O. di Clinica chirurgica. Sussiste quindi responsabilità solidale o comunque concorrente per quota di colpa.

Circa la quantificazione del danno, si richiama la documentazione clinica prodotta, la relazione peritale del dr. Polidoro, le conclusioni del prof. Vecchiet, attestanti la risarcibilità delle voci di danno indicate nel ricorso di primo grado., includenti il danno biologico, nelle sue componenti, il danno morale, il danno alla capacità lavorativa specifica, il danno esistenziale e il danno futuro, correlati al possibile riacutizzarsi dell'epatite cronica progredendo con l'età e con riguardo alla costante necessità di sottoporsi ad esami invasivi. Poiché la quantificazione operata nel ricorso introduttivo era riferibile su una parte ristretta della storia clinica del ricorrente, nel frattempo evolutasi, con ulteriori patologie e terapie, si richiede l'ammissione di CTU medico-legale onde accertare all'attualità i danni alla persona del ricorrente.

Si è costituita la Asl di C., deducendo con memoria l'infondatezza dell'appello anche sotto il profilo del decisivo mancato rispetto, da parte del ricorrente, delle necessarie cautele imposte dalla legge, (inequivocabilmente la "non" manipolazione dell'ago).

Si è altresì costituita l'Università degli studi di C., che ha indicato nella Asl l'unico ente passivamente legittimato, competendogli in via esclusiva i poteri datoriali di direzione, organizzazione e controllo rilevante ai fini dell'invocata azione ex art.2087 c.c., escludendosi una concreta colpa "in vigilando" o "in eligendo". Nessun rilievo rivestirebbe la circostanza che l'U.O. fosse a direzione universitaria, ove si consideri che anche il direttore era soggetto al potere direttivo e organizzativo della ASL. Decisivo è comunque l'art.13 della Convenzione circa l'esclusiva assunzione da parte della ASL delle spese per la manutenzione ordinaria delle attrezzature proprie dell'Università adibite a compiti assistenziali, tanto più nel caso ove lo strumento era fornito dalla ASL. Sul punto dell'onere della prova, si richiama quanto precisato da VI, 21.3.2005, n.1131, in ordine all'esigenza che il lavoratore debba provare la cause che hanno determinato il fatto nelle sue modalità, anche in caso di responsabilità ex art.2087 c.c. Il dedotto malfunzionamento non poteva autorizzare il ricorrente ad eseguire una manovra imprudente, in assenza di situazione necessitante (non risulta che fosse rimasto infilato nel braccio del paziente e avrebbe potuto avvalersi di altro strumento funzionante ovvero rinviare l'operazione). Si eccepisce infine l'inammissibilità della domanda di risarcimento del danno esistenziale e del danno futuro, per violazione dell'art.345 c.p.c.; il ricorrente ha già conseguito dall'INAIL la costituzione della rendita dal 28 ottobre 1998, e nulla può ottenere a titolo di risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla riduzione della capacità lavorativa, mentre la inabilità temporanea va esclusa avendo lo stesso percepito la retribuzione anche durante il periodo di assenza dal lavoro. In subordine di ripropone l'eccezione di concorso del fatto colposo della vittima ex art.1227 c.c., per violazione delle norme precauzionali (d.m.28 settembre 1990), tanto più che i guanti, anche ove indossati, sono idonea protezione dai liquidi e non dalle punture metalliche.

DIRITTO



La questione all'attenzione del Collegio riguarda la risarcibilità (negata dal giudice di prime cure) del danno subito da un medico, ricercatore universitario di ruolo, che presta servizio assistenziale presso una ASL (Istituto di clinica chirurgica generale del P.O. "SS. A.", struttura convenzionata), a seguito di contagio da virus HCV (epatite virale di tipo C) contratto a causa dell'asserito malfunzionamento di un dispositivo per il prelievo del sangue (c.d. "vacutainer"), che l'aveva costretto alla eliminazione manuale di un ago utilizzato su un paziente affetto, a sua volta, da virus HCV.

Il principio di imputazione della responsabilità che governa la materia, incentrata sulla natura contrattuale dell'azione risarcitoria esperita ai sensi dell'art.2087 c.c., (punto che radica la controversia dinnanzi a questo giudice amministrativo e che non è contestato in sede di appello), è che il datore di lavoro, esercente l'attività organizzata di trattamento e cura dei pazienti, - che sia pubblico o privato- va ritenuto responsabile dell'infortunio occorso al personale sanitario, ove non provi di aver adottato tutte le misure idonee, per l'esperienza e la tecnica, in relazione alla particolare attività di volta in volta in rilievo, a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (giurisprudenza pacifica "ex multis" Cass. Sez. lav.3 agosto 2007, n.17066).

Su quest'ultimo incombe, bensì, un onere della prova semplificato, conformemente al principio comune a tutta la responsabilità "contrattuale" ai sensi dell'art.1218 c.c. (c.d. "inversione dell'onere della prova" rispetto all'ambito ordinariamente previsto per la responsabilità extracontrattuale ex art.2043 c.c.), ma che, non di meno, si estende alla esistenza del danno "non jure", alla nocività dell'ambiente di lavoro, nonché al nesso causale tra l'uno e l'altro elemento (da ultimo Cass. Sez. lav.20 maggio 2010, n.12351).

Sulla fondatezza della domanda qui in esame, influisce perciò la verifica dell'esatto assolvimento di tale ambito probatorio, risultando in definitiva irrilevante l'eventuale erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui con le sue affermazioni avrebbe imposto al lavoratore di provare la colpa del datore, per cui invece opera la citata presunzione posta dall'art.1218 c.c. (cfr. Cass. ult.cit.).

Ed invero, impostata la questione nei termini ora riferiti, - d'altra parte conformi a quanto già rilevato da questo Consiglio in precedente pronuncia (VI, 21 marzo 2005, n.1131)-, le concrete "modalità del fatto", correttamente identificate, e l'accertamento delle cause commisurate a tali modalità, la cui prova incombe appunto al lavoratore, fanno escludere la sussistenza della responsabilità delle Amministrazioni convenute.

In primo luogo va osservato che per stabilire l'esistenza del nesso eziologico occorre che la nocività dell'ambiente di lavoro ed il conseguente danno siano non solo provati ciascuno in sé, ma anche connotati da una univoca connessione tra le concrete modalità del fatto e le normali modalità di esplicazione della propria attività lavorativa da parte del dipendente.

Se, infatti, il dipendente non possa provare la "nocività" e poi questa univoca connessione, viene a mancare il nesso causale, sicché non opera neppure la presunzione di colpa dell'Amministrazione e il conseguente onere della prova su di essa incombente.

Nel caso in esame, va rilevato che il ricorrente avrebbe dovuto provare che il mancato disinserimento dell'ago dal macchinario fosse anzitutto dovuto ad un malfunzionamento del dispositivo (nocività dell'ambiente) e che, poi, l'operazione materialmente causativa del danno (estrazione manuale dello stesso) fosse rientrante nelle modalità della sua normale attività di lavoro, soggetta alle direttive ed alla vigilanza, in funzione preventiva degli infortuni, incombenti sull'Amministrazione (nesso eziologico in concreto).



Nessuna di tali due elementi risulta provato, in base alla stessa prospettazione dei fatti operata nella domanda proposta, nel senso che anche se tutti gli elementi di fatto allegati risultassero riscontrati, ciò non potrebbe comunque condurre all'accoglimento della domanda stessa.

Ed infatti, come correttamente osservato dal Tar, non si pone tanto questione della prova dello specifico difetto che ha condotto al malfunzionamento del congegno (c.d. "vacutainer"), ma, ciò che è appunto mancato già in fase di allegazione, è la prova dell'esistenza stessa di un difetto o guasto, che possa poi far imputare all'Amministrazione l'inosservanza (presuntivamente colposa) di regole di prevenzione su di essa incombenti.

In particolare, la mancata estrazione dell'ago poteva essere dovuta a causa non identificata estranea al guasto o difetto, quale l'errore umano o la mancata completa attivazione della procedura materialmente prevista, non immediatamente imputabili all'Amministrazione in termini di negligenza (presunta) nella prevenzione della nocività dell'ambiente di lavoro.

Questo elemento, peraltro, sarebbe a rigore superabile, in quanto la mancata prova sul punto non eliminerebbe la astratta configurabilità di una responsabilità omissiva dell'Amministrazione con riguardo alla prevenzione di errori umani (prevedibili) del dipendente, errori rispetto ai quali sarebbe stata comunque tenuta ad un'adeguata attività informativa e di vigilanza, posto che la giurisprudenza in tema di responsabilità ai sensi dell'art.2087 c.c., precisa che la responsabilità dell'Amministrazione non è esclusa dalla semplice imprudenza, imperizia o negligenza del lavoratore stesso (Cass.Sez. lav.28 ottobre 2009, n.22818, 18 maggio 2007, n.11622).

Tuttavia, nel caso in esame, occorre la ulteriore dimostrazione che l'operazione di estrazione manuale dell'ago fosse rientrate nelle concrete modalità di esplicazione dell'attività del lavoratore e che queste modalità fossero conformi ad un "protocollo essenziale" di svolgimento delle sue incombenze che, quand'anche inosservato, appunto, per imprudenza, imperizia o negligenza del dipendente, fosse comunque riconoscibile come attività propria della mansioni dello stesso dipendente.

Nel caso tuttavia, come anche dedotto dalla difesa erariale, non è stata indicata, e né risulta possibile indicare, la norma di prevenzione non osservata dall'Amministrazione rispetto alla specifica operazione dell'estrazione manuale ed in relazione alle tipiche mansioni del medico, nonché la concreta dipendenza dell'evento dannoso da tale violazione, posto che il fatto del mancato "sfilamento" automatico dell'ago non imponeva al medico di pervenire comunque all'estrazione mediante operazione manuale.

Tale misura non poteva consistere certo nell'utilizzazione dei guanti da parte del ricorrente, (ritenendo cioè che la prova sul punto sia stata ragionevolmente raggiunta in base alla documentazione in atti), considerando che, in base ad un metro obiettivo di sua commisurazione al pericolo cui si correla, la predetta misura serve a prevenire il rischio della irrorazione o del contatto della cute delle mani con liquidi in fuoriuscita, ma non il taglio o la puntura provocate da oggetti metallici quali appunto un ago.

Né risulta affermato che l'operazione manuale si rendesse necessaria a causa della permanenza dell'ago stesso nei vasi di un paziente, elemento che avrebbe potuto far pensare alla giustificabilità dell'intervento di un medico a salvaguardia della sua salute. Né vieppiù risulta dedotto che non vi fosse altro macchinario idoneo perfettamente funzionante cui si potesse ricorrere per il prosieguo delle attività di prelievo, nonché la simultanea urgenza assoluta di proseguire nell'espletamento delle operazioni effettuate con il macchinario in questione.

E dunque, secondo il metro di normalità dell'attività svolgibile dal dipendente, anche assunta come estensibile fino a ricomprendere imprudenze, imperizie e negligenze, l'estrazione manuale si connota invece come un'operazione "abnorme", (Cass.n.22818\2009, cit.) tale cioè da esondare dal



normale “protocollo” dell’attività in concreto incombente sul lavoratore medico e da pervenire alla causazione di un evento non riconducibile all’area di rischio specificamente connessa a tale attività, anche estensivamente intesa, provocandosi per contro una serie causale appunto abnorme ed esclusivamente determinante dell’infortunio.

Può dunque, nel caso, farsi applicazione del principio giurisprudenziale per cui in materia di infortuni sul lavoro, la condotta colposa del lavoratore infortunato assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l’evento quando non sia riconducibile all’area di rischio propria della lavorazione svolta, esonerandosi da responsabilità il datore quando appunto il comportamento del lavoratore e le sue conseguenze, presentino i caratteri dell’eccezionalità, dell’abnormità, dell’esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive di organizzazione ricevute (Cass.pen. IV, 22 dicembre 2009, n.10448).

Alla reiezione dell’appello nei termini che precedono, deve peraltro accompagnarsi la compensazione della spese di giudizio, tra le parti costituite, attesa la particolare natura della controversia e la delicatezza delle posizioni soggettive coinvolte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l’appello, confermando con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2010 con l’intervento dei magistrati:

X. Barbagallo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere, Estensore

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione