

Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria

di Vittoria Amirante

Giudice del Tribunale di Roma

SOMMARIO: 1. Il titolo della responsabilità sanitaria – 2. Linee guida e determinazione del danno – 3. La nuova condizione di procedibilità – 4. Il procedimento – 5. ATP *vs* mediazione – 6. Il giudizio di merito: il rito ed il rilievo dell'improcedibilità della domanda – 7. L'azione di rivalsa – 8. Aspetti assicurativi e azione diretta – 9. Dubbi e criticità

1. Il titolo della responsabilità sanitaria

La legge 24/2017 qui in esame ha adottato l'impostazione, invalsa in parte della giurisprudenza successiva al cd. decreto Balduzzi, che propugnava una sostanziale differenziazione tra i titoli di responsabilità della struttura e del singolo esercente: contrattuale la prima, aquiliana la seconda.

Se, infatti, ai sensi del comma 1 dell'art. 7 «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose» ai sensi del comma 3 del medesimo art. 7 «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

Sul punto val la pena di sottolineare che la modifica del titolo di responsabilità viene limitata agli esercenti la professione sanitaria «di cui ai commi 1 e 2» ossia quelli di cui si avvale la struttura sanitaria (siano essi dipendenti o meno) nell'adempimento della propria obbligazione anche in relazione «alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina» (comma 2), in altre parole solo le ipotesi che nella giurisprudenza consolidata “*ante Balduzzi*” venivano risolte con la teoria del contatto sociale e non gli esercenti la professione sanitaria che svolgono le loro prestazioni al di fuori di una struttura pubblica o privata che continuano a rispondere secondo i canoni dell'art. 1218 cc ed i casi in cui gli esercenti la professione sanitaria, pur inseriti in una struttura, abbiano effettivamente concluso un contratto d'opera professionale con il paziente. Tale impostazione risulta attualmente confermata dalla modifica effettuata dalla Commissione del Senato nel novembre scorso atteso che il testo definitivamente approvato dell'art. 7 comma 3 fa «salvo che (l'esercente la professione sanitaria) abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattualmente assunta con il paziente».

Tale conclusione era stata, peraltro, già propugnata in relazione alla disposizione dell'art. 3 decreto Balduzzi dal Tribunale di Milano nella nota sentenza n. 9693 del 23 luglio 2014, in cui si affermava che «in tal caso il medico è legato al paziente da un rapporto contrattuale (diverso sia dal rapporto che lega il sanitario alla struttura nella quale opera, sia dal rapporto che intercorre fra il paziente e la struttura) e pertanto la sua responsabilità risarcitoria ben può (e deve) essere ricondotta alla responsabilità da inadempimento *ex art.* 1218 cc. In presenza di un contratto fra paziente e professionista, nessun riflesso quindi può avere sulla qualificazione della responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, in particolare il richiamo all'art. 2043 cc. Va in tal senso pienamente condivisa l'affermazione della Cassazione secondo cui è escluso che la legge 189/2012 abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica “necessariamente” come responsabilità extracontrattuale (Cass. n. 8940 del 2014)».

Le disposizioni citate, dunque, si limitano a prevedere che al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) deve essere individuato in quello della responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 cc, con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Trattandosi, peraltro, di un regime di

responsabilità (quello contrattuale) derogatorio rispetto alla regola generale posta del comma 3, si ritiene che incomba al paziente danneggiato l'onere di allegare e provare l'esistenza di un rapporto contrattuale con il medico. Il dato testuale della norma, infatti, depone nel senso dell'inquadramento della responsabilità dell'esercente in via generale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale e che solo a fronte della prova di un rapporto negoziale significativo tra esercente e paziente muti il titolo di responsabilità in contrattuale.

Sembra, tuttavia, difficile tracciare un confine immutabile tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale del medico essendo rintracciabile soltanto in relazione al singolo caso, alle specifiche prove allegare in giudizio, al particolare atteggiarsi della relazione medico paziente. Certo al danneggiato verrà richiesto uno sforzo probatorio maggiore rispetto a quello finora preteso potendosi ravvisare la responsabilità contrattuale solo ove provata la concreta esistenza di un contatto qualificato, idoneo a generare una relazione tra medico e paziente che determini in capo a in quest'ultimo l'insorgere di un ragionevole affidamento.

Ritengo, peraltro, di condividere le perplessità, da più parti manifestate¹, in ordine alla concreta rilevanza pratica della differenziazione dei titoli di responsabilità sotto il profilo, quantomeno, dell'onere probatorio alla luce della considerazione che anche nella responsabilità extracontrattuale il giudice potrà e dovrà in ogni caso disporre CTU al fine non solo di valutare i fatti accertati, ma anche di accertare i fatti stessi e che tramite la CTU sarà possibile raccogliere elementi in base ai quali valutare la sussistenza o meno del nesso causale e dell'elemento soggettivo dell'illecito.

2. Linee guida e determinazione del danno

Ulteriore questione da affrontare in relazione alla formulazione definitiva dell'art. 7 è il riferimento, già contenuto nel decreto Balduzzi e poi scomparso nella formulazione originaria del disegno di legge Gelli-Bianco, alla condotta dell'esercente la professione sanitaria nella determinazione del risarcimento. Il comma 3 dell'art. 7, infatti, riproduce l'art. 3 comma 1 del decreto Balduzzi nella parte in cui poneva la condotta osservante delle linee guida come parametro della «determinazione del risarcimento del danno», stabilendo che a tal fine il giudice «tiene conto della condotta dell'esercente la professione

¹ [D. Spera, *La responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella legge Gelli-Bianco: da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, in *Ridare.it*, 13 aprile 2017.](#)

sanitaria ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 590 *sexies* del codice penale, come introdotto dal precedente art.6». Sul punto deve evidenziarsi come già l'identica formulazione della legge Balduzzi aveva creato notevoli difficoltà agli interpreti atteso che il legislatore pur affermando la rilevanza del rispetto delle linee guida nella quantificazione del danno civile, tace del tutto sul come il giudice deve tenere conto della condotta rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche in sede di quantificazione. Se, infatti, è comprensibile e condivisibile che il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche costituisca un fattore rilevante sul piano dell'accertamento della colpa (e dunque dell'*an debeatur*, essendo la colpa parte essenziale del fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno) desta non poche perplessità l'estensione di tale rilevanza ai fini del *quantum debeatur*.

In primo luogo non era chiaro prima e non è chiaro neanche adesso nella nuova formulazione della norma se il richiamo alla «condotta (...) ai sensi dell'art. 5» sia limitato alla ipotesi di condotta osservante delle linee guida e buone pratiche – e dunque nel senso di diminuire il risarcimento con funzione latamente premiale, o vada esteso anche a quella inversa del medico che non vi si sia attenuto, con conseguente aumento del risarcimento – ed in tali casi se debba tenersi anche conto della gravità di tale inosservanza (si pensi al caso di errori eclatanti e di intollerabile inosservanza delle linee guida). In assenza di limitazioni parrebbe potersi intendere il rinvio in senso ampio con la conseguenza che l'accertamento della colpa lieve o, all'opposto, di quella grave sia idoneo a giustificare una diminuzione ovvero correlativamente un aumento delle poste di risarcimento, benché la *ratio* dell'intera riforma, di protezione dei sanitari, dovrebbe indurre a limitare la previsione alla ipotesi cd. premiale.

Quanto alla ipotesi di condotta rispettosa delle linee guida, l'enunciazione di una direttiva tesa alla riduzione del risarcimento appare del tutto contrastante con la natura che sinora viene attribuita alla responsabilità civile. Si ritiene, infatti, che alla responsabilità civile sia assegnato il compito precipuo di reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, con conseguente sostanziale irrilevanza della condotta del responsabile, a differenza di quanto accade in campo penale in cui il grado della colpa è uno degli indici adottati dal legislatore penale quale parametro di commisurazione della pena, ex art. 133, 1 comma, n. 3 cp. Il principio di «integralità del risarcimento del danno» sarebbe evidentemente vulnerato dalla possibilità contemplata

dalla norma in esame di una riduzione del danno risarcibile in base all'accertamento di una determinata condotta dell'agente e dunque di un elemento "spurio"².

Inoltre non è chiaro come effettuare la determinazione del danno in senso riduttivo. Secondo una possibile lettura, poiché l'inciso fa riferimento al «...risarcimento del danno...», senza ulteriori specificazioni di esso (danno patrimoniale o non patrimoniale), si potrebbe ritenere che al medico rispettoso delle linee guida ma pur tuttavia in colpa spetti uno "sconto" sul risarcimento del danno senza distinzione fra danno patrimoniale e non. Anche ai fini di questa «diminuzione di pena privata», tuttavia, non si vede criterio diverso di liquidazione che quello previsto dagli artt. 2056 e 1226 cc (criterio equitativo).

Secondo una diversa lettura si potrebbe ipotizzare che il riferimento al danno andrebbe inteso non a tutto il danno civile, ma solo al danno non patrimoniale, nella sua componente morale soggettiva (patema d'animo), con esclusione del danno biologico, almeno nella parte in cui quest'ultimo deve ormai essere risarcito secondo criteri tabellari vincolanti (vds. il comma 4 dell'art. 7 della l. 24/2017 e l'art. 3 comma 3 della legge Balduzzi). Non si vede, infatti, come potrebbe essere diversamente risarcito uno stesso danno biologico – quantomeno nella sua componente statica – una invalidità permanente dello stesso punto percentuale, sulla base di una diversa valutazione dell'elemento soggettivo del medico. Stesso discorso per il danno patrimoniale: consistendo questo nella riparazione di una perdita subita ed in un eventuale mancato guadagno, non si capisce come tale danno potrebbe essere graduato in relazione alla colpa dell'autore. La perdita (o futura perdita) subita dal paziente è infatti pur sempre uguale, sia che il medico abbia causato il danno versando in colpa lieve, sia che il medico abbia causato il danno versando in colpa grave.

Il riferimento finirebbe così per essere inteso in relazione a quella parte di danno non patrimoniale liquidabile comunemente secondo il criterio equitativo. Nell'ambito di tale liquidazione equitativa al giudice sarebbe imposto, secondo il citato terzo inciso, di tenere

² Deve, peraltro, evidenziarsi che il principio della cd. integralità del danno che dovrebbe condurre all'integrale ripristino dello *status quo ante*, sebbene attraverso un equivalente monetario, benché ribadito da una serie di fondamentali arresti delle Sezioni unite in tema di danno non patrimoniale (le cd. «Sentenze di San Martino», Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26973-26974-26975, ma il principio è ribadito anche di recente da Cass. n. 1361 del 23 gennaio 2014, Cass. n. 531 del 14 gennaio 2014, Cass. n. 9238 del 21 aprile 2011), non è stato ritenuto di rango costituzionale così lasciando libero il legislatore di introdurre delle limitazioni laddove rispettose del principio di ragionevolezza.

conto³ del fatto che il sanitario si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche, pur non avendole correttamente adeguate al caso concreto *sub iudice*. Come si vede, questa seconda lettura dell'inciso è sostanzialmente compatibile con il sistema risarcitorio previgente, al quale non è ovviamente estranea la valutazione equitativa del danno, *ex artt.* 2056 e 1226 cc. Resta il fatto che essa poggia però, come si è detto, su una forzatura del dato letterale della norma in esame, che non autorizza, almeno esplicitamente, l'esclusione dal suo ambito di qualche categoria di danno. Lo stesso dicasi per l'eventuale ipotesi di un aumento del risarcimento nel caso di mancato rispetto delle linee guida e/o di colpa grave che, come abbiamo sopra evidenziato, non è testualmente prevista. In entrambi i casi, infatti, il risarcimento del danno si allontanerebbe dalla logica riparatoria che la Corte di Cassazione ha ritenuto precipua ed esclusiva finalità della responsabilità civile. È, tuttavia, vero che parte della dottrina mostra sempre maggiori aperture circa la possibilità ed opportunità di dare spazio nel nostro sistema a figure rimediale che sono non riparatorie anche se non necessariamente punitive in senso stretto, con un recupero di una funzione della responsabilità civile in termini di prevenzione generale e in certi casi anche di sanzione.

3. La nuova condizione di procedibilità

Ai sensi dell'art. 8 della l. 24/2017 l'azione civile di risarcimento danni da responsabilità sanitaria deve essere preceduta, a pena di improcedibilità, dal ricorso per consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 *bis* cpc o, in alternativa, dal procedimento di mediazione ai sensi del d.lgs n. 28/2010 (art. 5, comma 1-*bis*)⁴, è invece esclusa la necessità di procedere alla negoziazione assistita di cui all'art. 3 l. 162/2014⁵.

Quanto all'ambito applicativo della nuova condizione di procedibilità va chiarito che se da un lato vi sono soggette tutte le domande risarcitorie, e dunque, non solo quelle svolte nei

³ Nel testo dell'art. 7 è scomparso l'avverbio «debitamente» contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi.

⁴ L'inserimento nell'ambito del comma 2 ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità, della facoltà di esperire, in alternativa all'ATP di cui all'art. 696 *bis* cpc anche la mediaconciliazione è stato assai tardivo essendo stato effettuato solo nell'ultima versione approvata dal Senato ciò che "giustifica" il mancato coordinamento di tale facoltà con le altre disposizioni della norma.

⁵ Una sovrapposizione tra negoziazione assistita e ATP obbligatorio o mediazione potrebbe comunque essere ipotizzabile nel caso in cui il professionista sanitario agisca per il pagamento di un compenso rientrante nel limite di valore per la negoziazione assistita ed il paziente convenuto agisca in riconvenzionale richiedendo il risarcimento del danno laddove si ritenga che anche la domanda riconvenzionale sia soggetta alla condizione di procedibilità.

confronti della struttura e dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 ma anche quelle svolte con azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione ai sensi dell'art. 12 (su cui vedi *infra*), dall'altro andrebbero escluse le azioni di rivalsa esercitate ai sensi dell'art. 9 della legge. Dubbi sorgono per quanto attiene alla applicabilità della condizione di procedibilità alle controversie di mero accertamento della responsabilità atteso il tenore letterale della norma («controversia di risarcimento del danno»). Per tali controversie, peraltro del tutto residuali, parrebbe doversi continuare ad applicare il previgente e più ampio disposto dell'art. 5 comma 1 *bis* d.lgs 28/2010.

Per quanto attiene all'ATP occorre premettere che la norma si inserisce in una situazione di permanente contrasto dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'ambito applicativo ed alla natura e finalità della consulenza a fini conciliativi di cui all'art. 696 bis cpc⁶. Le opzioni ricostruttive sia dottrinali che giurisprudenziali emerse in relazione all'art. 696 bis cpc possono in questa sede, per evidenti limiti di tempo, essere ricondotte a tre grandi tipologie: 1) opzione "istruttoria": la consulenza preventiva quale mera CTU ante processo, utilizzabilità solo in presenza di contestazioni sul *quantum* e non sull'*an debeat*, estensibilità ai soli giudizi tecnici con esclusione di qualsiasi valutazione giuridica, ammissibilità in caso di contumacia del convenuto e di dichiarata volontà di non definire la lite; 2) opzione "conciliativa" utilizzabilità anche per il caso di contestazione sull'*an*, ampi poteri delegati al consulente comprensivi di valutazioni giuridiche, arresto del procedimento per mancata comparizione della controparte o dichiarata indisponibilità a conciliare la vertenza, assoluta inutilizzabilità dell'elaborato peritale quale prova o elemento di valutazione nel successivo giudizio di merito con limitato utilizzo al solo fine di regolamentare le spese di lite del procedimento; 3) opzione "mista", quella a mio parere preferibile, che riconosce all'accertamento a fini conciliativi una duplice natura, prevalentemente conciliativa ma anche istruttoria evitando così da un lato che nell'ottica conciliativa si avallino abusi dell'istituto in esame e dall'altro che, ove la conciliazione non riesca, vada perduta l'attività *lato sensu* istruttoria già svolta.

Alla luce dell'art. 8 vanno ritenuti, ovviamente, superati i dubbi relativi alla utilizzabilità della consulenza a fini conciliativi in materia di responsabilità medica avendola il legislatore addirittura elevata a condizione di procedibilità della domanda ma, a mio

⁶ In tema di responsabilità sanitaria il contrasto era particolarmente evidente atteso che una parte della giurisprudenza escludeva l'utilizzabilità dello strumento in esame nelle ipotesi di radicale contrasto tra le parti in ordine all'*an* della responsabilità e dunque in controversie quali quelle per responsabilità sanitaria in cui la sussistenza stessa della responsabilità è (quasi) sempre in contestazione.

parere, anche quelli sulla natura dell'accertamento. La norma, infatti, se da un lato rende manifesta la natura prevalentemente conciliativa dell'ATP, dall'altro ne riconosce chiaramente anche una funzione di anticipazione della prova quantomeno in relazione al momento acquisitivo della valutazione medico legale ⁷.

L'art. 8 nella sua definitiva formulazione prevede espressamente la necessaria ed obbligatoria partecipazione al procedimento di tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione⁸, che sono altresì tenute alla formulazione di una offerta risarcitoria ovvero a comunicare i motivi per i quali essa non viene formulata. Entrambi tali obblighi trovano espressa sanzione nel disposto del comma 4 dell'art. 8. L'impresa di assicurazione che non abbia formulato la proposta transattiva o non abbia esplicitato le ragioni per le quali non lo abbia fatto in caso di accoglimento della domanda risarcitoria sarà, infatti, soggetta alla segnalazione da parte del giudice all'Ivass «per gli adempimenti di competenza»⁹. La mancata partecipazione delle parti al procedimento è, invece, sanzionata direttamente dal giudice del procedimento di merito il quale, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna la parte non presente in sede di ATP conciliativo al pagamento in favore della parte comparsa delle spese di lite e di consulenza, oltre che al pagamento di una pena pecuniaria da liquidarsi in via equitativa e ciò «indipendentemente dall'esito del giudizio» e, dunque, anche in ipotesi di totale rigetto della domanda attorea. Va, peraltro, sottolineato, da un lato, che la norma non sembra attribuire alcuna discrezionalità al giudice il quale è tenuto ad emettere la condanna della parte non comparsa¹⁰ e, dall'altro, che non solo non è previsto alcun parametro per la determinazione della pena pecuniaria a

⁷ La rilevanza a fini probatori dalla consulenza redatta in sede di ATP risulta, infatti, sia dalla previsione che il successivo giudizio di merito venga introdotto innanzi al medesimo giudice che ha trattato il procedimento per ATP, il quale ovviamente già conoscerà l'attività sino a quel momento svolta, sia dalla individuazione del rito sommario per il giudizio di merito. La sommarietà si spiega, anche se come si dirà la tesi non convince, nell'ottica della piena utilizzabilità della documentazione e delle valutazioni acquisite in sede di ATP.

⁸ Dal tenore della disposizione in esame sembrerebbe doversi desumere che la partecipazione delle parti sia obbligatoria per tutta la durata del procedimento. Non si ravvisano, invece, elementi che depongano nel senso della obbligatoria partecipazione "personale" delle parti né della impossibilità di conferire procure *ad hoc* come da alcuni sostenuto (vds. [M. Vaccari, L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria, in Ridare.it, 21 marzo 2017](#)).

⁹ Si pensi alle sanzioni previste dall'art. 315 cod. ass. per il ritardo nella formulazione dell'offerta o nella corresponsione delle somme dovute ovvero l'omessa comunicazione dei motivi del diniego.

¹⁰ È, infatti, previsto che il giudice «condanna le parti che non hanno partecipato».

differenza di quanto, invece, previsto in altre analoghe ipotesi sanzionatorie¹¹ ma è anche ipotizzabile che la condanna venga disposta a favore di più parti ove ne siano comparse alcune e non altre. La norma, infatti, non prevede la condanna a favore del solo ricorrente ma della «parte comparsa».

4. Il procedimento

Dal punto di vista procedurale l'ATP risulta scarsamente disciplinato, dovendosi, pertanto, fare applicazione della disciplina prevista in generale dall'art. 696 *bis* cpc. Alcune considerazioni, tuttavia, appaiono necessarie al fine di rendere quanto più proficuo possibile lo svolgimento della consulenza a fini conciliativi anche nell'ottica della successiva utilizzabilità della stessa nel procedimento di merito in ipotesi di mancato raggiungimento di un accordo.

In primo luogo deve rilevarsi che mentre l'art. 8 è norma di immediata applicazione, le disposizioni di cui all'azione diretta nei confronti dell'assicurazione si applicano a decorrere dall'entrata in vigore del decreto ministeriale che dovrà essere emanato (entro 120 giorni) a norma dell'art. 10, comma 6 (ove devono essere dettati requisiti minimi sulle polizze assicurative) e che pertanto è prevedibile un periodo di non brevissima durata nel quale verranno proposti ricorsi per ATP ai sensi dell'art. 8 nei soli confronti delle strutture e/o dei singoli sanitari senza possibile coinvolgimento diretto delle compagnie di assicurazione. Va, inoltre considerato che il litisconsorzio previsto all'art. 12 per l'ipotesi della neo-introdotta azione diretta nei confronti dell'assicurazione e per estensione anche di ricorso per ATP ha carattere processuale ed unilaterale¹² nel senso che mentre la partecipazione al giudizio del responsabile del danno è necessaria quando il danneggiato proponga azione diretta nei confronti dell'assicuratore, ove questi eserciti l'azione nei confronti del danneggiante senza citare l'assicuratore, questi non assume la veste di litisconsorte necessario e potrà quindi essere pretermesso.

Deve dunque valutarsi l'opportunità/necessità che le compagnie partecipino in ogni caso al procedimento *ex art. 696 bis* cpc e dunque sia alla fase del tentativo di conciliazione sia alla fase *lato sensu* di raccolta della prova o meglio di valutazione tecnica da parte del

¹¹ Si pensi all'art. 8 comma 4 *bis* del d.lgs 28/2010 che stabilisce il pagamento di una «somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio».

¹² Sul carattere unilaterale del litisconsorzio nella azione diretta in materia RCA vds. Cass. n. 13955 del 14 giugno 2007 e Cass. n. 26421 del 3 novembre 2008 che peraltro mantengono fermo il potere del convenuto o del giudice di chiamare in causa l'assicurazione ai sensi degli artt. 106 e 107 cpc.

consulente al fine di rendere utilizzabile la consulenza nel successivo giudizio di merito che le vedrà molto probabilmente coinvolte. In altri termini cosa fare se con il ricorso per ATP il danneggiato abbia convenuto solo la struttura e/o il sanitario? In che modo esercitare il potere discrezionale riconosciuto al giudice in ordine ai provvedimenti di cui agli artt. 106 e 107 cpc?¹³. Sia nel caso di istanza del convenuto di chiamata in causa dell'assicurazione ex art. 106 cpc che nel caso di chiamata *iussu iudicis* ex art. 107 cpc il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale dovrà porsi il problema di bilanciare diverse esigenze contrapposte. Da un lato si pone, infatti, su un piano più generale l'esigenza di ragionevole durata del processo la cui valutazione è stata ritenuta dalla suprema Corte "intrinseca" ad ogni scelta discrezionale, dopo la novella dell'art. 111 Cost.¹⁴ e, più specificamente, in relazione alla procedura in oggetto, l'esigenza di celerità del procedimento per ATP – esigenza ritenuta dal legislatore talmente rilevante da imporre un inusuale termine perentorio per la conclusione del procedimento stesso (vds. *infra*) e tale da rendere se non impossibile quantomeno assai difficoltoso consentire i differimenti necessari per la chiamata in causa di terzi. Dall'altro si pone l'interesse generale di economia processuale che depone nel senso di far sì che il procedimento per ATP si svolga in maniera proficua sia

¹³ La suprema Corte in materia di azione di risarcimento danni da circolazione stradale con sentenza n. 4593 del 22 febbraio 2008 aveva affermato il principio secondo cui, nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante-assicurato, con azione risarcitoria in relazione ad incidente stradale, deve riconoscersi al giudice di primo grado, in applicazione dell'art. 107 cpc, il potere di ordinare l'intervento dell'impresa assicuratrice, sia al fine di un'eventuale estensione nei suoi confronti della domanda attrice, sia in relazione all'eventuale pretesa del convenuto di trasferire a suo carico le conseguenze della propria soccombenza verso il danneggiato, atteso che, nella particolare disciplina dell'assicurazione obbligatoria introdotta dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990, la stretta connessione del rapporto risarcitorio e del rapporto assicurativo comporta una situazione di comunanza di causa, giustificativa della suddetta chiamata *iussu iudicis*, anche in relazione ad un interesse generale di economia processuale e di evitare la possibilità di giudicati contrastanti. La situazione di comunanza di causa giustifica, altresì, l'esercizio del potere discrezionale del giudice di autorizzare la parte, ex art. 106 cpc, a chiamare in causa un terzo, ai sensi dell'art. 106 cpc (in argomento, cfr. soprattutto Cass. 29 novembre 1985, n. 5928).

¹⁴ Cass. Sez. un., n. 4309 del 2010 in tema di chiamata in causa di un terzo su istanza di parte ha infatti affermato che «al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 cpc., è discrezionale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo, chiesta tempestivamente dal convenuto ai sensi dell'art. 269 cpc, come modificato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353; conseguentemente, qualora sia stata chiesta dal convenuto la chiamata in causa del terzo, in manleva o in regresso, il giudice può rifiutare di fissare una nuova prima udienza per la costituzione del terzo, motivando la propria scelta sulla base di esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo».

in termini di probabilità di un accordo conciliativo sia di successiva utilizzabilità della consulenza nel successivo giudizio di merito sia, infine, di soddisfacimento della condizione di procedibilità in relazione a tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nel giudizio di merito.

In un mondo ideale sarebbe possibile soddisfare entrambe le su esposte esigenze di celerità e proficuità con differimenti a data ravvicinata purtroppo dovendo fare i conti con ruoli stracarichi si corre il rischio di dover sacrificare una delle due e, inevitabilmente, la scelta dipenderà anche dalla interpretazione che si sceglierà di adottare in ordine alla perentorietà del termine di conclusione del procedimento per ATP.

Il terzo comma dell'art. 8 fissa, infatti, un termine di durata massima della procedura di sei mesi a decorrere dal deposito del ricorso, termine espressamente qualificato come perentorio, e come tale ai sensi dell'art. 152 cpc, non prorogabile. Il carattere di perentorietà attribuito ad un termine per lo svolgimento di un'attività *lato sensu* processuale appare a mio parere fortemente problematica. Se, infatti, è evidente la *ratio* acceleratoria della disposizione, occorre considerare che il termine di sei mesi, seppur non ridottissimo, potrebbe comunque risultare non adeguato nelle ipotesi maggiormente complesse sia da un punto di vista medico legale¹⁵ che da un punto di vista procedurale, come si è detto, per il numero di soggetti coinvolti. Dall'altro assai dubbie risultano essere le conseguenze che l'inosservanza del succitato termine perentorio può comportare.

Taluni hanno, infatti, affermato che in caso di violazione del termine perentorio «la conseguenza non potrà che essere quella della inutilizzabilità nel successivo giudizio degli accertamenti che dovessero essere espletati dopo la scadenza del predetto termine e *a fortiori* della relazione che fosse stata depositata dopo quel momento¹⁶. In tale ottica dunque il giudice del giudizio di merito sarà tenuto a rinnovare quelle attività, con conseguente ritardo e aggravio di costi.

¹⁵ Sul punto va evidenziato che la legge in esame all'art. 15 ha imposto al giudice il conferimento dell'incarico peritale ad un collegio composto da un medico legale e ad uno o più specialisti e ciò sia per la CTU nel giudizio di merito che in sede di ATP e che i consulenti da nominare in sede di ATP devono essere «in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi». Entrambe queste previsioni – seppur apprezzabili nell'intento di perseguire una maggiore professionalità nello svolgimento degli incarichi peritali in una materia in cui le valutazioni tecniche sono dirimenti ai fini dell'accoglimento della domanda – rischiano di rendere assai difficoltosa la scelta dei periti e di far ulteriormente slittare la data di inizio delle operazioni peritali.

¹⁶ M. Vaccari, *L'ATP obbligatorio*, cit.

Altri¹⁷, invece, partendo dal dato testuale della norma affermano che l'unica conseguenza connessa al mancato rispetto del termine perentorio di sei mesi è che l'attore potrà ritenere munita di procedibilità la sua domanda e instaurare o continuare il giudizio¹⁸ mentre l'attività svolta seppur tardivamente nell'ambito dell'accertamento tecnico tra le medesime parti potrà comunque essere utilizzata nel successivo giudizio di merito.

A mio parere tale ultima soluzione appare preferibile in ossequio ad un principio generale di economia processuale benché imponga una forzatura del concetto di perentorietà del termine

5. ATP vs mediazione

Il tardivo inserimento della possibilità per il danneggiato di assolvere alla condizione di procedibilità con la mediaconciliazione in alternativa all'ATP impone una valutazione comparativa dei due strumenti.

La mediazione presenta alcuni vantaggi. In primo luogo, il più ristretto termine per l'espletamento (tre mesi anziché sei previsti per l'ATP). In secondo luogo in sede di mediazione sono consentite sessioni separate tra le parti nelle quali il mediatore, eventualmente insieme all'eventuale tecnico, può venire a conoscenza di dati estremamente utili per formulare una proposta che possa essere accettata. Infine, in considerazione del già evidenziato difetto di coordinamento normativo, sembrerebbe potersi ritenere che instaurando ai fini della procedibilità della domanda il procedimento di mediazione, la parte attrice non sia tenuta all'introduzione del giudizio di merito ai sensi dell'art. 702 *bis* cpc ben potendo optare per il rito ordinario di cognizione¹⁹ e non soggiaccia al ristretto termine di novanta giorni per l'introduzione del giudizio.

¹⁷ [M. Ruvolo M e S. Ciardo, Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?, in questa Rivista on line, 11 aprile 2017.](#)

¹⁸ La Corte costituzionale ha affermato più volte che la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali al suo esercizio, in vista della salvaguardia di interessi generali, come l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Cfr. Corte cost. n. 276 del 2000.

¹⁹ Che il ricorso al rito sommario sia da limitare al solo caso dell'ATP (e non della mediazione) risulta dal fatto che l'art. 8 comma 3 prevede che il ricorso *ex art. 702 bis* cpc vada depositato entro il termine di 90 giorni dal deposito della relazione medica o dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi per l'ultimazione dell'ATP. La scelta appare peraltro comprensibile se si tiene conto che solo nell'ATP l'atto istruttorio fondamentale è stato già effettuato.

D'altra parte l'ATP appare più "appetibile" per il danneggiato tenuto conto che: in sede di ATP andrà svolta una consulenza che potrà essere utilizzata (si vedrà poi in che termini e con che limiti) anche nel giudizio di merito con conseguente risparmio di tempo; il danneggiato sa che le sue controparti molto probabilmente si costituiranno nel procedimento *ex art. 696 bis cpc* e che la compagnia di assicurazione formulerà una proposta risarcitoria laddove la CTU riconosca un qualche profilo di responsabilità alla luce delle sanzioni previste sia per la mancata partecipazione che per la mancata formulazione dell'offerta; in ogni caso, quindi anche nell'ipotesi di rigetto della domanda risarcitoria, il ricorrente si vedrebbe riconoscere quantomeno il rimborso delle spese di lite e di CTU ed una somma ulteriore a titolo di pena, qualora una delle sue controparti non dovesse partecipare all'ATP a prescindere dal se la mancata partecipazione sia o meno giustificata.

In generale va sottolineato che sinora l'introduzione dell'ATP non sembra aver portato alla auspicata deflazione del contenzioso quantomeno non in termini di perfezionamento dell'accordo innanzi al CTU. Sarebbe, peraltro, interessante verificare quanti dei ricorsi per consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi non conclusi favorevolmente siano sfociati in un giudizio di cognizione ordinario e quanti in un accordo negoziale stragiudiziale fondato sulle risultanze della consulenza. La mia impressione è, infatti, che benché siano rarissimi, se non quasi inesistenti, i casi di conciliazione raggiunta innanzi al CTU – per estrema conflittualità delle parti ma anche per inadeguatezza dei CTU a ragionare in termini conciliativi e non puramente tecnici – più rilevanti numericamente siano i casi in cui le parti avvalendosi delle conclusioni raggiunte in sede di ATP raggiungano un accordo stragiudiziale.

Va, peraltro, sottolineato che nel testo definitivamente approvato lo strumento risulta essere notevolmente potenziato dalla previsione di cui all'art. 15 comma 1 dell'affidamento dell'espletamento della consulenza tecnica a fini preventivi a consulenti tecnici d'ufficio «in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi», benché allo stato non sia chiaro quali possano essere tali percorsi formativi e come vadano valutati dal giudice in sede di nomina.

6. Il giudizio di merito: il rito ed il rilievo dell'improcedibilità della domanda

Il comma 3 dell'art. 8 prevede che ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702 *bis* del codice di procedura civile.

Il testo normativo prevede, dunque, che in caso di esito negativo della conciliazione il danneggiato proceda nel merito con il procedimento sommario *ex art. 702 bis cpc* che dovrebbe garantire una maggiore celerità.

Vi è tuttavia il dubbio se le controversie in oggetto debbano essere sempre e comunque trattate nell'ambito di procedimenti sommari di cognizione.

Sul punto mi limiterò a sottolineare che, se in un numero ridottissimo di casi, la causa di merito può essere decisa sulla sola base della CTU e dunque l'abbinata «consulenza preventiva-rito sommario» appare astrattamente idonea a realizzare il fine acceleratorio e deflattivo che le norme si prefiggono, nella maggior parte delle controversie in materia sanitaria in primo luogo vengono poste anche questioni che esulano dal tema affrontato dal consulente in via preventiva (si pensi al consenso informato, ai danni non patrimoniali diversi da quello biologico, ai danni parentali, danni patrimoniali) e che richiedono talvolta una istruttoria anche molto complessa, e dall'altro che l'ATP non assume in alcun modo carattere di definitività non maturando in sede di procedimento *ex art. 696 bis cpc* alcuna preclusione istruttoria. I convenuti in sede di ricorso *ex art. 702 bis cpc* ben potrebbero, dunque, produrre nuovi documenti ed articolare prove volte a contrastare le conclusioni raggiunte in sede di ATP. Come è stato peraltro sottolineato «la previsione in esame risulta anche irragionevole dal momento che parifica, ai fini della scelta del procedimento semplificato, l'ipotesi in cui vi sia stato il tempestivo deposito della relazione del CTU, e a fronte della quale si giustifica la scelta di un giudizio sommario, a quella in cui esso non sia avvenuto o sia stato tardivo e occorra quindi un compiuto accertamento del quantum del danno»²⁰.

²⁰ Così sempre M. Vaccari, *L'ATP obbligatorio*, cit.

Si ritiene, comunque che vada fatta salva la possibilità per il giudice, qualora ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, di convertire il rito in quello ordinario. Va, infatti, evidenziato che l'art. 8 richiama espressamente l'applicabilità degli artt. 702 *bis* e seguenti cpc e quindi deve intendersi richiamato anche l'art. 702 *ter* comma 3 cpc che prevede il mutamento del rito.

Va, inoltre, sottolineato che la norma fa esplicitamente riferimento all'introduzione della domanda con il ricorso *ex art. 702 bis* cpc solo in relazione all'ipotesi di assolvimento della condizione di procedibilità mediante ricorso alla consulenza preventiva a fini conciliativi e che, dunque, il danneggiato che ha scelto la mediazione ben potrebbe, invece, agire con il rito ordinario di cognizione senza peraltro essere tenuto a rispettare il termine di novanta giorni per la presentazione del ricorso²¹. L'ultimo comma dell'art. 8, infatti, era calibrato sull'ATP e non è stato riformulato all'esito della introduzione, nell'ultima versione parlamentare dell'impianto normativo, dell'alternativa della mediazione²².

Per quanto attiene al rilievo della improcedibilità, questa deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il rilievo d'ufficio è dunque obbligatorio e non facoltativo anche in difetto di eccezione di parte. La norma prevede, inoltre, che quando il giudice rileva che il procedimento di cui all'articolo 696 *bis* cpc non sia stato espletato ovvero che sia iniziato ma non si sia concluso, e che quindi allo stato la domanda sia improcedibile, assegna alle parti il termine di quindici giorni per presentare dinanzi a sé l'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento²³. In caso di inosservanza del termine assegnato per l'instaurazione o il completamento della procedura per ATP il Giudice provvederà, invece, con sentenza a dichiarare l'improcedibilità della domanda. Si

²¹ Vds. M. Hazan M. e S. Centonze, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 20 marzo 2017 e M. Ruvolo e S. Ciardo che sottolineano che «si saprebbe da quando fare decorrere (il termine) senza neppure considerare che questo termine è poco compatibile con la minore durata massima del procedimento di mediazione, che è, per il d.lgs 28/2010, di tre mesi».

²² Esso fa infatti riferimento al deposito della relazione del tecnico, alla scadenza del termine perentorio per l'ATP, all'introduzione del sommario di cognizione davanti allo stesso giudice dell'ATP.

²³ Si è ritenuto (M. Ruvolo M e S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia, cit.*) che laddove il procedimento per ATP sia già in corso da quasi sei mesi il termine assegnato dal giudice possa anche comportare una durata complessiva del procedimento superiore al detto termine di sei mesi e ciò perché la domanda è già procedibile in quanto l'ATP è stato instaurato e il giudizio di merito è già stato incardinato.

potrebbe porre qualche problema nel caso in cui il processo venga introdotto con citazione senza previo ATP. In questo caso la lettera della legge parrebbe imporre²⁴ al giudice di assegnare il termine di 15 giorni per proporre innanzi a sé l'ATP, dovendosi escludere che possa assegnare un termine per espletare la mediazione (così afferma chiaramente l'art. 8, comma 2, della legge 24/17). Ci si chiede, inoltre, se il giudizio possa poi continuare nelle forme del rito ordinario o vada convertito in un sommario di cognizione. Sembra preferibile ritenere che spetti comunque al giudice la valutazione in ordine alla opportunità di mutare il rito *ex art. 183 bis cpc*, non essendo previsto alcun obbligo normativo in tal senso.

La norma impone, infine, all'attore di introdurre il giudizio di merito entro il termine, da ritenersi perentorio, di novanta giorni dal deposito della relazione o, qualora ciò non sia avvenuto, dalla scadenza del termine perentorio fissato per la conclusione del procedimento di ATP. Il rispetto di detto termine è richiesto sia per rendere procedibile la domanda sia per «assicurarne gli effetti». Non è ben chiaro cosa si intenda con tale espressione. Verosimilmente il legislatore intendeva riferirsi agli effetti della domanda sul termine di prescrizione e su quello di decadenza. Da taluni²⁵ si è osservato che in tal modo il legislatore avrebbe imposto una «doppia condizione di procedibilità» ossia prima l'attivazione del procedimento di ATP e, una volta concluso lo stesso, il rispetto del termine per proporre il giudizio di merito. La norma inoltre parlando di “assicurare” gli effetti della domanda lascia intendere che l'effetto interruttivo della prescrizione si verifichi sin dal deposito del ricorso per ATP (*rectius* notifica) salvo poi consolidarsi con la introduzione del giudizio nel termine di novanta giorni e che, dunque, laddove non venga rispettato tale termine tale effetto cadrebbe nel nulla. Tale formulazione peraltro non tiene conto del fatto che spesso nell'ATP non vi è una chiara formulazione della domanda risarcitoria ma solo l'istanza di accertamento tecnico.

7. L'azione di rivalsa

L'art. 9 del disegno di legge stabilisce al comma 1 che «l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa

²⁴ *Contra* M. Vaccari, *L'ATP obbligatorio*, cit., il quale afferma che «qualora il procedimento non sia stato nemmeno iniziato, il giudice, nell'assegnare il predetto termine, dovrà avere l'accortezza di precisare che esso varrà sia per il deposito dell'istanza di mediazione che per il deposito dell'istanza di ATP, e ciò al fine di assicurare l'effettiva alternatività tra i due istituti».

²⁵ M. Vaccari, *L'ATP obbligatorio...*, cit.

grave». Il comma 2 poi dispone che «se nel giudizio o nella procedura stragiudiziale di risarcimento del danno l'esercente la professione sanitaria non è stato parte – nella formulazione originaria il disegno di legge disponeva che «se il danneggiato, nel giudizio di risarcimento del danno, non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria» – l'azione di rivalsa nei confronti di quest'ultimo può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento».

La norma, dunque, in primo luogo prevede una limitazione dell'azione di rivalsa nei confronti del professionista sanitario strutturato (che tiene la condotta dannosa nell'esecuzione della propria attività lavorativa e al di fuori di un contratto diretto con il paziente) ai soli casi di dolo o colpa grave e ciò sia nel caso di struttura privata sia nel caso di struttura pubblica. Ne consegue che resta invece esclusa la rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa in caso di danno provocato al paziente dal professionista "strutturato" che non ha concluso un contratto con il paziente ed al quale non è imputabile una condotta dolosa o gravemente colposa. In tal caso le conseguenze economiche dell'illecito restano integralmente a carico della struttura privata o pubblica, fermo restando il diritto della struttura di avvalersi della garanzia assicurativa stipulata a copertura di tale rischio²⁶.

È, inoltre, previsto un limite all'esposizione patrimoniale in caso di colpa grave che è, per ciascun evento, determinato in una somma corrispondente al triplo del più alto reddito da lavoro percepito nell'anno in cui ha avuto inizio la condotta dannosa, nell'anno precedente o in quello successivo.

²⁶ Si è sottolineata (M. Hazan e S. Centonze, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in *Corrieregiuridico.it*) la disparità di trattamento del sanitario nelle ipotesi di azione del danneggiato nei suoi confronti ed azione di rivalsa. Nel primo caso, infatti, il medico potrebbe vedersi condannare ad un risarcimento integrale ad anche in caso di colpa lieve mentre in sede di azione di rivalsa il medico risponde solo per dolo o colpa grave e con limiti quantitativi prefissati. Vi è chi, poi, ha evidenziato che l'intento di alleggerire la posizione del sanitario avrebbe potuto spingersi sino ad escludere la possibilità di un'azione diretta del danneggiato verso il medico della struttura, sulla scia di quanto avviene per i magistrati ovvero l'introduzione di un suo difetto di legittimazione passiva con surroga della struttura sanitaria, al pari di quanto previsto per la responsabilità dell'insegnante (art. 61 della l. n. 312 11 luglio 1980 n. 312). In altri termini, si poteva prevedere solo un'azione di rivalsa, senza azione diretta (M. Ruvolo e G. Ciardo, *cit.*).

Ulteriore limite alla esercitabilità della azione di rivalsa è previsto dall'art. 13 che impone la comunicazione da parte della struttura, pubblica o privata, all' esercente la professione sanitaria sia dell'instaurazione di un giudizio nei loro confronti dal danneggiato che dell'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte. La norma, infatti, prevede che l'omissione, la tardività o l'incompletezza delle suddette comunicazioni preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

Infine deve tenersi conto che il comma 2 dell'art. 9 prevede che laddove il sanitario non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento.

In base alla lettura congiunta delle due norme citate dovranno essere vagliate con particolare attenzione le consuete istanze di chiamata in causa del medico da parte della struttura. Occorre, infatti, considerare da un lato che l'errore del medico dà origine ad una responsabilità solidale impropria della struttura sanitaria e del professionista per il danno cagionato al paziente, nel senso che soggetti diversi sono chiamati a rispondere in via solidale a diverso titolo, ovvero sulla base di titoli autonomi di responsabilità (artt. 2043 per il medico; 1218 e 1228 cc per la struttura sanitaria) per il medesimo evento. È, peraltro pacifica, in dottrina e giurisprudenza, la non configurabilità di un litisconsorzio necessario in ipotesi di responsabilità solidale anche per titoli diversi in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, che può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati. Dall'altro deve tenersi conto che ai sensi della nuova disciplina la struttura sanitaria non è legittimata ad agire in rivalsa nel medesimo giudizio ove questo sia stato promosso nei soli confronti della struttura posto che l'art. 9 subordina l'esercizio del diritto di rivalsa al «risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale» ed alla sussistenza di una ipotesi di dolo o colpa grave.

Se, dunque, il danneggiato legittimamente e coerentemente anche con l'intento del legislatore, agisce solo nei confronti della struttura non pare legittimo che questa «tiri dentro» il processo anche i singoli sanitari astrattamente coinvolti determinando una maggiore complessità nell'istruttoria ed una dilatazione dei tempi processuali.

Le perplessità sorte in relazione all'originaria formulazione dei commi 3 e 7 dell'art. 9 – secondo i quali da un lato «la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio» e dall'altro «nel giudizio di rivalsa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione» – sembrano essere, invece, risolte dal testo definitivamente approvato che limita l'utilizzabilità nel giudizio di rivalsa alle prove assunte nel giudizio promosso dal danneggiato di cui l'esercente la professione sanitaria sia stato parte.

Allo stesso modo risultano superate le obiezioni mosse al testo originario del disegno di legge Gelli Bianco nella parte in cui al comma 5 dell'art. 9 prevedeva la giurisdizione del giudice ordinario in relazione all'azione di rivalsa proposta dalla struttura socio-sanitaria pubblica nei confronti dell'esercente la professione sanitaria così escludendo la giurisdizione della Corte dei conti. Il nuovo testo del comma 5, infatti, espressamente prevede che «l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei conti». Non poche perplessità, infatti, aveva suscitato lo spostamento della giurisdizione in sede civile ordinaria anche in relazione al diverso criterio di valutazione della gravità della colpa in sede contabile rispetto alla sede civile. Nel giudizio avanti alla Corte dei conti ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa del medico nei confronti dell'ente, il concetto di colpa grave non coincide, infatti, con i concetti elaborati dalla giurisprudenza civile riguardo alla colpa professionale medica, essendo invece più vicino alle figure dell'illecito doloso (talvolta è stata identificata con un comportamento riprovevole per l'inadeguatezza e la superficialità, ovvero con un errore non scusabile per la grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione medica).

8. Aspetti assicurativi e azione diretta

Ai sensi dell'art. 10 della l. 24/2017 le strutture sanitarie pubbliche e private «devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (...) anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture». È, inoltre, previsto che le strutture stipolino altresì, polizze assicurative (o altre analoghe misure per la copertura) della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie.

Infine si dispone che i liberi professionisti indipendenti rimangono assoggettati agli obblighi assicurativi già previsti dall'art. 3, comma 5, lett. e), dl 13 agosto 2011, n. 138 e all'art. 3, comma 2, dl 13 settembre 2012, n. 158, mentre gli esercenti la professione sanitaria che operano all'interno della struttura saranno tenuti a stipulare polizza assicurativa per il rischio di rivalsa onde evitare l'infruttuosità di tali azioni in caso di colpa grave (con oneri a loro carico) mentre il dolo potrà essere assicurato soltanto nell'ambito della garanzia in proprio della struttura per fatto doloso dei propri dipendenti, fermi i limiti di cui all'art. 1900 cc.

È importante notare come l'obbligo assicurativo, pur evocando lo schema dell'assicurazione obbligatoria automobilistica, è qui – a differenza che nel comparto auto – unilaterale, non essendo previsto alcun «obbligo a contrarre» in capo alle imprese attive nel settore.

L'art. 11 dispone, poi, che la garanzia assicurativa obbligatoria deve prevedere un'operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. Benché la norma abbia chiaramente voluto richiamare lo schema delle “famigerate” clausole *claims made*²⁷ nella accezione mista con retroattività decennale²⁸ la terminologia adottata non mancherà di creare difficoltà interpretative atteso che la norma fa riferimento agli eventi “denunciati” all'assicurazione dall'assicurato, cosa ben diversa dalla copertura assicurativa offerta dalle polizze *claims made* nelle quali si assicura il professionista per i danni per i quali, durante tale periodo, sia stata presentata all'assicurato per la prima volta richiesta di risarcimento del danno.

L'art. 11, infine, stabilisce che nel caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. Anche in questo caso il legislatore ha voluto far riferimento a clausole ben note in campo assicurativo (cd. *sunset clause*)

L'art. 12, infine, disciplina la novità più rilevante in ordine alle controversie per responsabilità sanitaria introducendo una azione diretta del danneggiato nei confronti

²⁷ Sulle clausole *claims made*, vds. Cass. civ., Sez. unite, n. 9140/2016.

²⁸ Vds. Trib. Milano, n. 7149, 17 giugno 2016.

della compagnia assicurativa, della struttura e/o del sanitario. Il comma 1 dell'art. 12 dispone infatti che: «Fatte salve le disposizioni dell'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 di cui al comma 1, art. 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo art. 10». La legge dunque, introduce l'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione, strumento sinora limitato alle ipotesi di danno da Rc auto, in deroga alla previsione dell'art. 1917 cc che consente la facoltà di chiamata in causa dell'assicuratore al solo assicurato, ma limitatamente alle sole ipotesi in cui la vittima agisca contro la struttura sanitaria, pubblica o privata, e contro l'esercente la professione sanitaria in regime libero professionale. Appare esclusa, dunque, tale facoltà nella ipotesi in cui la vittima di errore sanitario voglia agire nei confronti del medico cd. "strutturato" (non libero professionista), il quale peraltro alla luce della complessiva disciplina non risulterebbe nemmeno tenuto a contrarre una propria assicurazione. Laddove abbia stipulato una assicurazione il medico convenuto per poter far valere l'obbligo contrattuale alla garanzia dovrà provvedere alla chiamata in causa del proprio assicuratore. In ogni caso il medico "strutturato" potrebbe chiamare in causa la struttura per la quale opera «in un rapporto di garanzia del tutto nuovo legato all'obbligo di quest'ultima di garantirlo appunto attraverso l'adozione di "altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi"»²⁹.

Il comma 2 dell'art. 12 prevede che: «Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6». La previsione è di grande rilievo anche alla luce della considerazione che allo stato attuale al fine di abbassare i premi assicurativi le polizze comunemente offerte nel comparto sanitario prevedono numerose ipotesi di esclusione ovvero franchigie e scoperti spesso consistenti. L'emanando decreto ministeriale dovrà dunque chiarire quali saranno tali eccezioni non opponibili. Nell'attesa di tale intervento chiarificatore può considerarsi quanto accade in materia di sinistri stradali ove la funzione sociale di protezione delle vittime della strada, riconosciuta all'assicurazione obbligatoria per la Rc auto, produce proprio l'effetto di rendere irrilevanti, verso il terzo danneggiato, le pattuizioni contrattuali, le quali recuperano il loro valore invece tra le parti nel rapporto interno (assicurato-assicuratore), rappresentando la giustificazione dell'attribuzione del diritto di rivalsa all'assicuratore che abbia risarcito il terzo danneggiato in ipotesi in cui il

²⁹ F. Martini, *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, in *Ridare.it*, 21 marzo 2017.

dettato contrattuale escludeva l'operatività della garanzia. In materia di RCA ad esempio, si ritiene che l'inopponibilità «concerne le sole eccezioni relative all'invalidità ed all'inefficacia del contratto di assicurazione, mentre non è applicabile per le eccezioni di inesistenza e nullità del contratto stesso, quale quella di nullità per inesistenza del rischio, a norma dell'art. 1895 cc, che vizia la polizza stipulata per un periodo di tempo antecedente la data della sua sottoscrizione e dopo che il danno si è verificato»³⁰.

Il comma 4 dell'art. 12 dispone, infine, che: «Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata a norma del comma 1 è litisconsorte necessario la struttura medesima; nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria». La norma pone dunque, anche in questo caso allineandosi alla disciplina Rc auto, una nuova ipotesi legislativa di litisconsorzio necessario, *ex art. 102 cpc*, tra l'assicuratore convenuto in giudizio ed i soggetti garantiti, siano essi le imprese sanitarie ovvero l'esercente la professione sanitaria in regime libero-professionale. Si è già sottolineato il carattere processuale ed unilaterale del litisconsorzio nel senso che mentre la partecipazione al giudizio del responsabile del danno è necessaria quando il danneggiato proponga azione diretta nei confronti dell'assicuratore, ove questi eserciti l'azione nei confronti del danneggiante senza citare l'assicuratore, questi non assume la veste di litisconsorte necessario e potrà quindi essere pretermesso.

9. Dubbi e criticità

In chiusura occorre sottolineare che da una prima lettura della legge di riforma emergono una serie di criticità che vale la pena di analizzare alla luce dei profili assicurativi disciplinati dall'art. 10. Dalla lettura complessiva del testo della legge 24/2017 emerge, infatti, la chiara intenzione del legislatore della riforma di marginalizzare la posizione del professionista e di mettere al centro della disputa le sole strutture sanitarie e le loro compagnie assicurative. Se, infatti, si tiene conto di quanto si è già detto in ordine ai diversi titoli di responsabilità cui rispondono la struttura ed il singolo medico – con il conseguente maggior onere probatorio facente capo al danneggiato laddove intenda agire nei confronti del medico – risulta evidente che il danneggiato tenderà ad agire nei confronti della sola struttura sanitaria e – avvalendosi della introducenda azione diretta – della sua assicurazione al fine di avvalersi di un regime di prova a lui più favorevole. Tale

³⁰ Così Cass. n. 14410 del 30 giugno 2011.

canalizzazione della responsabilità sanitaria in capo alla struttura se da un lato può essere guardata con favore in relazione all'alleggerimento della posizione del sanitario, desta qualche preoccupazione alla luce della situazione di grave incertezza dal punto di vista della garanzia finanziaria del risarcimento. Va, infatti, considerato che l'art. 10 ha ribadito l'obbligo a carico delle strutture pubbliche o private di provvedere ad una copertura assicurativa o ad «altre analoghe misure» per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera già previsto dal dl 90/2014 convertito in l. 114/2014 e l'obbligo a carico del singolo esercente di provvedere ad una copertura assicurativa sia in relazione alla azione del danneggiato sia (ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 10) in relazione alla fruttuosità dell'azione di rivalsa e dell'azione diretta di cui al successivo art. 12. Da quanto sopra deriva un quadro di obblighi assicurativi che in questo momento impone: a tutte le strutture sia pubbliche che private di avere idonea copertura per la responsabilità civile contro i terzi e verso i dipendenti; ai professionisti sanitari tutti un obbligo assicurativo generale per la responsabilità civile nei confronti dei propri clienti. Alle strutture, però, è concessa la ampia e indefinita eccezione del ricorso ad «altre analoghe misure» che svuota di certezza la norma prescrivente l'obbligo assicurativo. Occorre, infatti, sottolineare che proprio le strutture sanitarie, in conseguenza dell'enorme incremento di contenzioso sanitario e del conseguente aumento esponenziale dei premi assicurativi, hanno fatto un ricorso massiccio alle «analoghe misure per la responsabilità civile» tanto da far parlare di fuga dall'assicurazione della responsabilità sanitaria. Allo stato attuale, dunque, l'obbligo assicurativo per le strutture rimane estensivamente affidato (almeno a livello di strutture pubbliche) alle «altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale» rese possibili a tempo indefinito, ma non precisate dalla legge. Nella pratica, dunque, le strutture sono libere di ricorrere a forme di cd. autoassicurazione, creando una sorta di accantonamento dei fondi che reputino idonei a far fronte alle pretese risarcitorie da parte di danneggiati che dovessero rivelarsi fondate. Quanto le valutazioni prognostiche delle singole aziende possano essere equivalenti o affidabili rispetto alla copertura fornita da una compagnia di assicurazione dotata dell'esperienza di chi valuta il rischio in questo settore da decenni è problema molto discusso. In questa sede merita solo ricordare che sono i grandi numeri a fornire – sul lungo periodo – certezza alle valutazioni di natura probabilistica che si effettuano nella valutazione dei rischi in ambito assicurativo. Le forme di autoassicurazione delle aziende sanitarie e delle regioni, invece, benché con importanti correttivi, si basano soprattutto sulla autovalutazione dei rischi che, almeno in una prima fase, potrebbe non risultare

necessariamente obiettiva o fondata su una serie sufficientemente ampia di dati e, per di più, di dati rilevanti. Il comma 6 dell'art. 10, peraltro, prevede che un decreto del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge, oltre a determinare i requisiti minimi delle polizze assicurative, stabilisca «i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio» e disciplini «la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati».

Gli elementi di preoccupazione in relazione alla effettiva possibilità del singolo danneggiato di ottenere il risarcimento, anziché alleggerirsi, si aggravano alla luce della previsione (art. 14) di uno speciale fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria, istituito presso la Concessionaria servizi assicurativi pubblici S.p.A. (CONSAP). Tale fondo, infatti, sarebbe chiamato a risarcire i danni cagionati da responsabilità sanitaria solo: a) «qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria ovvero dall'esercente la professione sanitaria; b) qualora la struttura sanitaria ovvero l'esercente la professione sanitaria risultano 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». Rimangono, dunque, scoperte le ipotesi di totale assenza di copertura assicurativa da parte del singolo professionista o della struttura, e si crea una inammissibile disparità tra l'ipotesi di danno ultra-massimale in caso di presenza di copertura assicurativa e di gestione tramite «analoghe misure» rispettose dei requisiti minimi ma altrettanto incapienti e non assistite dal fondo di garanzia. L'articolato attuale della legge Balduzzi e della l. 24/2017, inoltre, se da un lato impone la copertura assicurativa dei rischi ai professionisti ed alle strutture, dall'altro non prevede un corrispondente obbligo di assicurare in capo al settore assicurativo. L'obbligo di stipulare una assicurazione, infatti, grava solo a carico delle strutture e dei professionisti (i potenziali assicurati dunque) e non a carico delle compagnie assicurative che rimangono, così, libere di assicurare o meno e di assicurare con premi sempre più alti.

27 luglio 2017