

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), THOMAS ULEN (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CAGLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO),
MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Le tutele derivanti dalla polizza assicurativa stipulata dalle strutture e dagli esercenti l'attività sanitaria*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'azione diretta del danneggiato – 2.1 La disciplina di riferimento – 3. L'azione di rivalsa – 3.1 Rivalsa e rapporto di preposizione – 3.2 La natura giuridica – 3.3 I presupposti per l'esercizio dell'azione – 3.4 I rapporti fra giudizio risarcitorio e giudizio di rivalsa – 3.5 La misura della rivalsa – 4. Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria – 4.1 La funzione e la struttura – 4.2 L'operatività del Fondo – 4.3 Il rapporto con il responsabile del sinistro –

1. Premessa

Dall'operatività della polizza assicurativa che obbligatoriamente la struttura sanitaria e gli esercenti l'attività sanitaria sono tenuti a stipulare ai sensi dei commi 1° e 3° dell'art. 10 della l. 24/2017 (legge Gelli-Bianco) scaturiscono una serie di nuove forme di tutela a beneficio del danneggiato, ma anche in favore delle parti del contratto di assicurazione.

Con il proposito di analizzare e tentare di tracciare le linee ricostruttive di tali figure, il presente lavoro è dedicato all'azione diretta, all'azione di rivalsa e al fondo di garanzia per i danni da responsabilità sanitaria, tra loro accomunati dall'intento del legislatore della novella di proteggere, attraverso il nuovo microsystema assicurativo introdotto con la legge speciale, ciascuno dei soggetti coinvolti dalla *malpractice* sanitaria.

2. L'azione diretta del danneggiato

L'azione che il paziente danneggiato può esperire direttamente nei confronti dell'assicurazione della struttura sanitaria ovvero

* Il presente lavoro riproduce, con modifiche, integrazioni e l'aggiunta delle note, il testo della relazione al convegno: "Diritto alla salute e contratto di assicurazione" tenutosi a Cagliari il 12 ed il 13 ottobre 2018 per iniziativa dell'Associazione Internazionale di Diritto delle Assicurazioni – Sezione Sardegna.

dell'assicurazione dell'esercente l'attività sanitaria è senz'altro una delle novità più salienti della nuova disciplina¹.

Ad essa è dedicato l'intero art. 12 della novella che, al comma 1°, richiama le medesime condizioni di procedibilità previste all'art. 18 per la tutela che il danneggiato può far valere nei confronti del nosocomio ovvero dell'operatore sanitario. Ne consegue che anche l'esercizio dell'azione diretta verso la compagnia di assicurazione (sia essa, indifferentemente, della struttura ovvero dell'operatore sanitario) dovrà avvenire mediante l'attivazione di un procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis c.p.c.* ovvero, in alternativa, un procedimento sommario *ex art. 702 bis, c.p.c.* preceduto da un tentativo obbligatorio di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1° *bis*, del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

La coesistenza tra azione diretta e assicurazione obbligatoria rappresenta una particolarità della nuova disciplina in materia di responsabilità sanitaria. È opportuno ricordare, infatti, a titolo di esempio, che, diversamente da quanto è stabilito della novella, la tutela diretta del danneggiamento nei confronti dell'assicurazione non è contemplata né nella disciplina dedicata alla polizza assicurativa che ciascuno professionista deve obbligatoriamente stipulare (art. 5 d.p.r. 137/2012) per l'attività che esercita né dalle disposizioni dedicate all'obbligo assicurativo al quale sono tenuti gli intermediari assicurativi (art. 110 e 112 cod. ass.)².

¹ In generale, sull'azione diretta disciplinata dalla l. 24/2017, si vedano GAGGERO, *L'azione diretta del danneggiato*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Alpa, Pisa, 2017, 466 e ss; HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)* in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 609 ss.; PACILEO-SICA, *Sub. art. 12*, in AA. VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Meoli, Sica e Stanzione, Napoli, 2018, 254 ss; MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, a cura di Volpe, Bologna, 2018, 147 ss; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1448 ss.; CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 213 ss.

² Oltre alla fattispecie disciplinata dall'art. 144 cod. ass., ci troviamo dinanzi ad una ipotesi – analoga a quella in esame – in cui l'azione diretta si accompagna all'obbligo assicurativo, nel caso di assicurazione per l'esercizio dell'attività venatoria ai sensi dell'art. 10, comma 10°, l. 11 febbraio 1992, n. 157.

La funzione dell'azione diretta che traspare dalla novella è quella di rafforzare la tutela del danneggiato nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria esaltando l'aspetto sociale dello strumento assicurativo³.

Quanto alla natura giuridica dell'azione in questione, una parte della dottrina⁴, ripercorrendo i tratti dell'azione diretta prevista per la responsabilità civile nella circolazione dei veicoli, propende per una natura contrattuale che troverebbe la sua fonte in fattispecie complessa formata dal fatto illecito (o dall'inadempimento), dal contratto di assicurazione e dalla relazione che intercorre tra assicuratore e danneggiato.

Tuttavia, proprio per le difficoltà di identificare esattamente la fattispecie in esame con quella simile della responsabilità civile da circolazione di autoveicoli, si rivela maggiormente convincente l'opinione di chi⁵, invece, afferma, che l'azione diretta disciplinata dalla novella abbia natura legale.

In particolare, si ritiene che l'obbligazione dell'assicurazione verso il danneggiato debba qualificarsi come *obligatio ex lege*⁶ che presuppone un rapporto fra danneggiante e danneggiato e, nel contempo, costituisca altresì attuazione del rapporto fra danneggiante e assicuratore.

2.1 La disciplina di riferimento

Per quanto attiene alla disciplina, invece, emerge la chiara ispirazione al modello dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione obbligatoria per la circolazione dei veicoli e dei natanti (art. 144 cod. ass.) che costituisce il paradigma generale

³ Così CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, cit., 229; nello stesso senso cfr. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative*, ecc., cit., 148.

⁴ In tal senso HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore*, cit., 604 ss. il quale ripercorre il pensiero di DE CUPIS, *L'azione della vittima, profili di diritto sostanziale*, Padova, 1977, 107.

⁵ Di quest'opinione è GAGGERO, *Azione diretta del soggetto danneggiato*, cit., 465; ID., *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contr. impr.*, 2018, 735 ss., spec. 758.

⁶ In proposito si veda il recente contributo di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (*L'obbligazione come rapporto complesso* in *Riv. dir. civ.*, 2018, 910 ss), il quale richiama la dottrina tedesca a proposito delle obbligazioni *ex lege* aventi fondamento nell'obbligo di buona fede e correttezza.

dell'azione diretta in ambito assicurativo. In particolare, infatti, di quest'ultima si riscontrano – in capo al danneggiato – il medesimo limite delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione (art. 12) nonché il limite del massimale di polizza che l'assicuratore incontra nell'opporre al danneggiato le eccezioni derivanti dal contratto.

Venendo all'esame dei legittimati passivi nel procedimento che si instaura con l'esercizio dell'azione diretta, essi devono identificarsi nell'assicurato (ovvero nel responsabile civile) nonché nella compagnia di assicurazione.

Tali soggetti, pur convenuti dal danneggiato in virtù di titoli differenti – il contratto ovvero l'illecito civile per il primo e la legge per l'altra – sono accomunati tra loro dall'interesse univoco di realizzare il soddisfacimento del comune creditore (paziente danneggiato).

Tale circostanza induce a ritenere che, nonostante la mancanza di un'espressa qualificazione legislativa, i soggetti legittimati passivi siano coobbligati in solido dal momento che la nozione di obbligazione solidale implica esclusivamente la medesima prestazione (affinchè l'adempimento di uno degli obbligati possa liberare gli altri) ma non già l'*eadem causa obligandi* né l'unicità del titolo formale⁷.

In quest'ottica deve, peraltro, leggersi l'art. 12, comma 4°, che, analogamente a quanto prevede l'art. 144, comma 3°, cod. ass., introduce l'obbligo del litisconsorzio necessario tra struttura e l'assicurazione ovvero tra quest'ultima e l'esercente l'attività sanitaria, derogando così ai principi processuali che governano le obbligazioni solidali. E ciò evidentemente al fine di rafforzare la posizione dell'assicurazione la quale, in presenza di clausole fondate sulla polizza e, in quanto tali, inopponibili al danneggiato, potrà agire nei confronti dell'assicurato invocando il giudicato nel giudizio promosso dal danneggiante⁸.

⁷ In questo senso CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, cit., 230; più in generale, sulla qualificazione dell'obbligazione come solidale pur in assenza della *eadem ratio* e dell'unicità del titolo, si rimanda a ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 58.

⁸ In argomento v. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in *Judicium*, 2017, *passim*, il quale ritiene che si tratti di un litisconsorzio necessario non determinato da ragioni sostanziali né

Nel raffronto tra l'azione in esame e quella disciplinata dall'art. 144 cod. ass. si rinvengono, tuttavia, anche alcune differenze.

L'art. 12, comma 2°, infatti, diversamente da ciò che prevede la disciplina in materia di azione diretta nella responsabilità da circolazione di autoveicoli e natanti, limita le eccezioni opponibili al danneggiato alle sole contestazioni fondate sui requisiti minimi del contratto che verranno individuati con decreto del MISE da emanarsi ai sensi dell'art. 10 comma 6°. Ciò induce a ritenere che tali eccezioni potranno essere sollevate al danneggiato anche se non previste in concreto dalla specifica polizza assicurativa considerata e prescindendo altresì dal fatto che essa possa contenere condizioni più favorevoli o più onerose per il danneggiato.

A conferma di tale interpretazione si richiama, in linea con una parte della dottrina⁹, il dettato dell'art. 12, comma 3°, che limita l'azione di rivalsa della struttura nei confronti dell'esercente l'attività sanitaria al rispetto dei requisiti minimi del contratto stabiliti nel decreto ministeriale che sarà emanato ai sensi dell'art. 10 comma 6°. Deve ritenersi, infatti, che sussista una necessaria simmetria tra i limiti delle eccezioni opponibili al danneggiato che agisce in virtù dell'azione diretta e le limitazioni che incontra la struttura nell'esperire l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente l'attività sanitaria.

Di particolare rilievo si rivela, infine, il diritto, previsto dall'art. 12, comma 4°, in favore del danneggiato, dell'assicurazione e dell'esercente l'attività sanitaria, di accedere ai documenti della struttura che riguardano i fatti dedotti in ogni fase di trattazione del sinistro. Si tratta di un'evidente espressione del generale principio della trasparenza dei dati¹⁰.

da motivi processuali, ma da ragioni di opportunità tenuto conto che tale litisconsorzio diverrebbe, comunque, necessario ogniqualvolta l'assicurazione agisce in via di rivalsa nei confronti dell'assicurato, trattandosi – in tal caso – di un cumulo nello stesso giudizio dell'azione del creditore con quella di regresso del coobbligato in solido.

⁹ In questo senso CORRIAS, *I profili assicurativi della legge Gelli-Bianco*, cit., 231; per la *ratio* della rivalsa si rimanda *infra* al successivo par. 3; per la simmetria tra azione diretta e azione di rivalsa v. anche PACILEO-SICA, *Sub art. 12, cit.*, 257.

¹⁰ Per il rapporto tra la disciplina della *privacy* ed il diritto di accesso alla documentazione sanitaria v. BOLOGNINI, *Trasparenza dei dati e tutela della privacy*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 123 ss.

Dalla lettura delle norme emerge, in particolare, una similitudine con la disposizione di cui all'art. 142 *bis* cod. ass. concernente le informazioni che il danneggiato può chiedere a proposito della polizza che ha cagionato il sinistro nonché con il disposto dell'art. 146 cod. ass., che consente all'assicurato e al danneggiato, di accedere ai dati dell'assicurazione al termine del procedimento di liquidazione e constatazione dei danni¹¹.

3. *L'azione di rivalsa*

Anche la rivalsa disciplinata dall'art. 9 della novella deve ricomprendersi, specialmente quando essa viene esercitata in via surrogatoria – ai sensi dell'art. 1916 c.c. – dall'assicurazione della struttura sanitaria, fra le nuove forme di tutela derivanti dall'obbligo di stipulazione della polizza assicurativa introdotto dalla novella. Tale azione mira alla regolamentazione dei rapporti interni tra la struttura sanitaria, pubblica o privata, ed il medico ogniqualvolta la prima abbia risarcito il paziente danneggiato a seguito della *malpractice* sanitaria riferibile al secondo.

In particolare, nell'art. 9 rubricato <<*azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*>>, trovano regolamentazione sia l'azione esercitata dal Pubblico Ministero davanti alla Corte dei Conti a tutela della struttura sanitaria pubblica, sia la rivalsa promossa dalla struttura privata nei confronti del medico davanti al Giudice ordinario dopo aver risarcito il paziente danneggiato¹².

¹¹ Così CORRIAS, *I profili assicurativi*, ecc., cit.; in argomento, cfr. altresì, ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, Milano, 2013, 714.

¹² Sull'azione di rivalsa prevista dall'art. 9 l. 24/2017, si vedano D'ADDA, *Solidarietà e rimesse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss; ID., *Ausiliari, responsabilità solidale e "rimesse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss; PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria: le novità introdotte dalla l. n. 24/2017*, in *Responsabilità medica*, 2017, 365 e ss.; PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, ivi, 2018, 139 ss.; COSTANZA, *Colpa grave fra esonero ed imputazione*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco* (legge n. 24/2017), a cura di Volpe, cit., 144 ss.; PARTENZA, *L'azione di rivalsa nelle strutture private*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 521 ss.; CATALANO, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in AA. VV., *Commentario alla*

In particolare, le norme di cui ai commi 2°, 3° e 4° sono dedicate ai rapporti tra il giudizio intrapreso dal paziente danneggiato contro la struttura sanitaria e l'azione di rivalsa. Oltre alla necessità del dolo o della colpa grave dell'esercente (comma 1°) e al rispetto di un termine decadenziale di un anno per la proposizione dell'azione, il legislatore della novella, al comma 2°, introduce il divieto di dare impulso all'azione di rivalsa contestualmente all'azione risarcitoria principale, sempreché l'esercente non sia stato anch'egli parte nella fase – giudiziale o stragiudiziale – del risarcimento del danno. In caso contrario, infatti, la struttura sanitaria, prima di poter far valere la rivalsa, dovrà necessariamente aver integralmente risarcito il paziente danneggiato.

L'autonomia tra il giudizio risarcitorio e quello di rivalsa si evince dai successivi commi 3° e 4° del medesimo art. 9. Nel primo si nega esplicitamente che la sentenza pronunciata nel giudizio risarcitorio possa rilevare nel giudizio di rivalsa. Nel secondo, invece, si esclude che la transazione tra il danneggiato e la struttura (o la sua assicurazione) sia opponibile all'esercente la professione sanitaria.

All'utilizzo delle risultanze del procedimento risarcitorio in quello di rivalsa è dedicato l'ultimo comma dell'art. 9 della novella là dove, sia per il giudizio di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei Conti sia per quello di rivalsa davanti al Giudice ordinario, si prevede che il giudice possa tener conto delle prove acquisite nel corso del giudizio risarcitorio, ma soltanto se il medico sia stato parte di quel processo.

3.1 *Rivalsa e rapporto di preposizione*

Venendo ai caratteri della figura, occorre preliminarmente una precisazione di natura terminologica a proposito del significato del termine “*rivalsa*” adoperato all'art. 9 dal legislatore della novella. Si tratta, a ben vedere, di un vero e proprio diritto di regresso *ex art. 1299 c.c.*. E ciò non già alla luce della distinzione, invero non condivisibile, tra la presunta natura contrattuale del regresso e la natura legale della

legge 8 marzo 2017, n. 24, cit., 200 e ss.; FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp. civ.*, 2017, 271.

rivalsa prospettata da una parte della dottrina¹³, ma esclusivamente perché l'azione in questione, che esula inequivocabilmente dalla rivalsa assicurativa in senso stretto (proprio in quanto in questo caso la legittimazione dell'assicuratore è meramente eventuale e opera soltanto in via surrogatoria), corrisponde esattamente al potere che il condebitore in solido può esercitare nei confronti di ciascuno degli altri coobbligati dopo aver soddisfatto interamente il creditore.

L'art. 9 della novella prevede, infatti, in coincidenza con la disciplina del diritto di regresso di cui agli artt. 1299 e 2055 c.c., che il debitore possa ripetere da ciascun coobbligato la quota di sua spettanza dopo aver adempiuto per intero all'obbligo di risarcimento del danno in favore del paziente.

Una volta appurato che ci troviamo dinanzi al diritto di regresso utilizzato come strumento volto a regolamentare il rapporto interno tra la struttura sanitaria ed il medico, è opportuno evidenziare meglio i caratteri di questo rapporto.

Dalla lettura del combinato disposto degli artt. 7 e 9 della novella e, in particolare, dall'esplicito richiamo all'art. 1228 c.c., emerge con chiarezza che la posizione della struttura rispetto all'esercente, destinatario dell'azione di rivalsa esperita da quest'ultima, debba necessariamente identificarsi con la relazione intercorrente tra il preponente ed il preposto disciplinata dalle norme dedicate alla responsabilità per fatto degli ausiliari¹⁴.

¹³ PARTENZA, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 526; in linea con quanto si sostiene nel testo cfr., invece, PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa*, ecc., cit., 366; così anche COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, cit., 1470; sulla qualificazione dell'azione come regresso si è espresso favorevolmente anche D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, ecc., cit.; in argomento cfr., altresì, CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria*, a cura di Alpa, cit., 369, il quale mostra perplessità di fronte all'ipotetica qualificazione della rivalsa come "garanzia impropria".

¹⁴ In proposito è opportuno evidenziare la necessaria diversità di *ratio* e di disciplina a seconda che il rapporto di preposizione rilevi ai fini della responsabilità contrattuale del debitore (1228 c.c.) – come accade nel corso della presente indagine – ovvero per accertare la responsabilità aquiliana di quest'ultimo (art. 2049 c.c.); in argomento si rimanda all'analisi di D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, cit., 365, il quale osserva che << ... nel primo caso, l'attività dell'ausiliario è perfettamente incardinata sul programma obbligatorio originario (...), nel secondo

In linea con i caratteri del rapporto di preposizione tracciati dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza¹⁵, non certo limitati ad una rigida subordinazione dell'ausiliario rispetto al preponente, nella novella si ravvisa il proposito di estendere l'area di responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente e, conseguentemente la possibilità della prima di agire in via di rivalsa nei confronti dell'esercente, ad una serie di fattispecie avulse dal nesso di subordinazione, ma tutte in grado di ricondurre eziologicamente l'operato del medico all'attività del nosocomio.

La responsabilità di quest'ultimo nei confronti del danneggiato *ex art. 1228 c.c.*, che il 2° comma dell'art. 7 estende espressamente alle prestazioni svolte dagli ausiliari in *intramoenia* o che esercitano la propria attività attraverso la sperimentazione, la ricerca clinica, la telemedicina o in qualunque altra forma riconducibile al regime di convenzionamento con il Servizio Sanitario nazionale (art. 7, comma 2°), trova il suo fondamento nel contratto di ospedalità concluso con il paziente.

In proposito, proprio i caratteri di quel negozio atipico – esattamente individuati dalla giurisprudenza di legittimità come un insieme composito di prestazioni che oltre alla cura del paziente comprende anche l'efficienza dell'organizzazione ospedaliera, il funzionamento delle attrezzature degli impianti, il vitto e le sistemazioni logistiche¹⁶ –

caso, invece, la condotta dannosa (...) non ha ad oggetto la mancata (od inesatta) esecuzione dell'obbligazione assunta dal committente verso un creditore; piuttosto lo svolgimento delle mansioni si rivela pregiudizievole per un soggetto terzo>>; neppure la figura del preposto può dirsi univoca dovendo, al contrario, ritenersi che la nozione di ausiliario *ex art. 1228 c.c.* debba interpretarsi più estensivamente rispetto a quella del commesso *ex art. 2049 c.c.*; in questo senso v. ampiamente BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1979, 458.

¹⁵ In proposito, ferma la distinzione di cui alla precedente nota (14) fra commesso ed ausiliario, per l'individuazione dei caratteri di quest'ultima categoria si rimanda a Cass. 6 giugno 2014, n. 12833 e Cass., 30 settembre 2014, n. 20457.

¹⁶ In argomento cfr. CONTE-VICIANI, *Sulla responsabilità civile della struttura sanitaria*, *cit.*, 278, i quali, nell'ottica di una responsabilità nascente dal contratto, ritengono che << ... in simili contesti il compito dell'interprete consisterà nella valutazione eziologica, non tanto della singola condotta del medico, bensì della "deficienza organizzativa" nel suo insieme>>; in giurisprudenza cfr. Cass., 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, in *Foro it.*, 2015, I, 999; Cass., 22 settembre 2015, n. 18610.

devono indurre ad interpretare la disposizione di cui all'art. 7, comma 2° in modo tale che, nel rispetto della sua indubbia specialità ed in ragione della sua natura imperativa espressamente prevista dal successivo 5° comma, essa possa applicarsi soltanto alle fattispecie specificamente contemplate. Con la conseguenza che dovrà escludersi la responsabilità della struttura per il fatto dei propri ausiliari ogniqualvolta la posizione dell'operatore sanitario, pur indirettamente riconducibile all'organizzazione del nosocomio, non rientri tra le attività espressamente previste dalla disposizione in esame come, ad esempio l'ipotesi in cui il rapporto medico – paziente sia sorto indipendentemente rispetto all'utilizzo – da parte del professionista – di spazi e macchinari messi a sua disposizione dalla struttura che, tuttavia, non abbia mai interagito con il fruitore della prestazione¹⁷.

3.2 *La natura giuridica*

Una volta rinvenuto nel rapporto di preposizione tra il medico e la struttura sanitaria il presupposto minimo indispensabile per la legittimazione di quest'ultima alla rivalsa, si rende altresì necessario indagare sulla natura giuridica di tale azione.

In proposito, in linea con l'opinione della miglior dottrina¹⁸, deve attribuirsi natura contrattuale al rapporto di preposizione in qualunque

¹⁷ Sulla natura imperativa delle disposizioni dell'art. 7 si veda ALPA, *Dal medico all'equipe, alle strutture, al sistema, cit.*, 231; il quale, tuttavia, nell'ipotesi di attività svolta *in intramoenia*, nonostante essa sia espressamente prevista dall'art. 7 comma 3°, ritiene che sussista una responsabilità aquiliana del medico; a proposito della regolamentazione delle attività non riconducibili alla previsione dell'art. 7, comma 2°, v. anche l'opinione di CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 505.

¹⁸ Così BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 96 e ss., il quale ritiene che così come il debitore è responsabile dei mezzi materiali impiegati nell'adempimento, allo stesso modo egli è responsabile delle persone che utilizza nell'impresa; nello stesso senso si veda altresì BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, cit.*, 379, il quale, pur non facendo leva su un giudizio di responsabilità ai fini dell'imputazione al debitore del fatto dell'ausiliario, ricostruisce il dettato dell'art. 1228 c.c. fondandosi sulla posizione strumentale del cooperatore come soggetto di cui l'obbligato si avvale per adempiere l'obbligazione; in senso contrario si veda, invece, CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. it.*, XXI, 1990, 7, il quale rinviene nella disposizione di cui all'art. 1228 c.c. una responsabilità di natura aquiliana derivante dalla violazione degli

forma esso si manifesti in quanto la riconducibilità, anche indiretta, del preposto all'organizzazione del preponente implica sempre un vincolo di natura negoziale da elevarsi ad elemento essenziale della categoria considerata.

Da ciò deriva, pertanto, che le modalità di esercizio dell'azione di rivalsa non potranno che ispirarsi alle regole della responsabilità contrattuale pur nel rispetto della specialità che contraddistingue la nuova disciplina.

È bene evidenziare, infatti, che attraverso la rivalsa il legislatore della novella ha voluto regolamentare il rapporto interno tra la struttura ed il medico, con l'intento di riequilibrare, nei limiti dettati dall'art. 9 della novella, i risultati dei differenti regimi di responsabilità ai quali, nel rapporto esterno con il paziente, soggiacciono i due protagonisti del rapporto di preposizione.

Ne consegue che, proprio in linea con i propositi del legislatore della novella, debba escludersi una integrale concentrazione – in capo alla struttura sanitaria – della responsabilità nei confronti del paziente, dal momento che la medesima struttura, entro i limiti della disciplina dettata dall'art. 9, potrà sempre rivalersi – in ragione del rapporto di preposizione – nei confronti del proprio ausiliario dopo aver soddisfatto integralmente le pretese del paziente danneggiato. Ciò trova origine in una obbligazione solidale che, dal lato esterno, nei confronti del comune creditore (il paziente danneggiato), vede come coobbligati – seppur con titolo diverso – il medico che risponde in via aquiliana del suo operato e la struttura, responsabile, invece, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.. Con la conseguenza che il diritto di regresso, esercitato dal nosocomio nei confronti del proprio ausiliario, non incontrerà alcuno sbarramento derivante dal regime di responsabilità del c.d. doppio binario nei confronti del comune creditore considerato che, alla luce del dettato degli artt. 1292 e 1293 c.c., in tali ipotesi la solidarietà non subisce alcuna alterazione di sorta nonostante le differenti modalità cui sono tenuti i singoli coobbligati¹⁹.

obblighi di protezione; in argomento, in giurisprudenza, a proposito della responsabilità dell'organizzatore di viaggio, si veda Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14837, in *Danno e resp.*, 2008, 993, con nota di Laghezza, *Contratto di viaggio, sinistro stradale, limiti alla responsabilità del tour operator*.

¹⁹ Per l'analisi del concetto di "medesima prestazione" si rimanda alle parole di ORLANDI, *La responsabilità solidale, ecc., cit.*, 58, il quale, in proposito, afferma: <<

È opportuno, infatti, evidenziare che la nozione di obbligazione solidale implica esclusivamente la presenza della medesima prestazione (affinchè l'adempimento di uno degli obbligati possa liberare tutti gli altri), ma non già *l'eadem causa obligandi* né, tantomeno, l'unicità del titolo formale. Al contrario, la pluralità di fonti, pur rendendo autonomi i rapporti che ne derivano, non impedisce l'attuazione dell'obbligazione secondo le regole della solidarietà quando i debiti diversi siano funzionalmente collegati a soddisfare un interesse del creditore patrimonialmente unitario²⁰.

In quest'ottica, la struttura, pertanto, a prescindere dal differente titolo di responsabilità che il paziente vanta nei suoi confronti rispetto ai caratteri della pretesa che lo stesso danneggiato potrà far valere verso il medico, potrà agire sempre – in via di rivalsa – *ex contractu* verso quest'ultimo pur se, in tal caso, la regola generale di cui all'art. 1218 c.c. dovrà adattarsi ai limiti della speciale disciplina dell'azione di regresso introdotta dalla novella. Ciò conseguentemente implica che, trattandosi, per le ragioni evidenziate in precedenza, di una speciale azione di regresso e non già di una rivalsa, il nosocomio, in assenza dei presupposti imprescindibili di cui all'art. 9 della novella, non potrà beneficiare della tutela ordinaria per far valere la propria pretesa derivante dall'inadempimento del debitore nelle vesti di ausiliario. Una simile conclusione poggia non soltanto su ragioni sistematiche fondate sullo spirito della riforma del 2017, volto ad alleggerire la posizione del

... essa è "medesima" non in quanto tutti siano tenuti al medesimo comportamento, ma perché ciascun comportamento è idoneo a realizzare l'interesse del creditore, estinguendo l'obbligazione>>; il carattere solidale dell'obbligazione in esame implica, naturalmente, che il paziente, sia pure in modo improbabile, possa agire direttamente nei confronti dell'operatore sanitario, piuttosto che far valere la sua pretesa verso la struttura, dovendo, in tal caso, adeguarsi alle regole (specialmente quelle relative alla distribuzione dell'onere della prova e della prescrizione) in materia di responsabilità aquiliana.

²⁰ GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, 99; in giurisprudenza cfr. Cass., 13 luglio 2010, n. 16391 che testualmente statuisce: << ... la solidarietà di cui all'art. 1292 c.c. sussiste non già quando unica sia la fonte dell'obbligazione, ma quando più soggetti siano tenuti ad eseguire la medesima prestazione>>; nello stesso senso si veda altresì Cass. sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, che, a proposito dell'obbligazione solidale nascente dalla fideiussione, analizza il collegamento fra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria evidenziando l'individualità soggettiva e oggettiva che caratterizza ciascuna di esse; sul punto cfr. anche Cass., 18 marzo 2005, n. 5971.

medico, ma ancor prima sulla esplicita deroga della *lex specialis* alla *lex generalis* che, alla luce dell'art. 9, intercorre tra la disciplina della rivalsa (*rectius* del regresso) introdotta dalla novella rispetto alle regole generali della responsabilità del debitore per inadempimento²¹.

3.3 I presupposti per l'esercizio dell'azione

L'indubbio carattere di specialità che permea la nuova disciplina del diritto di regresso della struttura nei confronti del proprio ausiliario implica, pertanto, che, ai fini dell'esercizio della c.d. azione di rivalsa, debba sussistere ciascuno dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, previsti dall'art. 9 della novella.

In particolare, oltre alla necessità di un rapporto di preposizione (nel senso già chiarito in precedenza) tra il nosocomio ed il proprio ausiliario, quest'ultimo dovrà aver agito con dolo ovvero con colpa grave. Per l'individuazione dei caratteri della colpa grave è auspicabile un urgente intervento chiarificatore della giurisprudenza che ne tracci con maggiore esattezza i confini, abbandonando l'attuale equazione, oggi quanto mai inadeguata, tra colpa grave e attività che implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà.

La necessità, da un lato, di distinguere tra colpa lieve e colpa grave e, dall'altro lato, la natura aquiliana attribuita dalla novella alla responsabilità del medico nei confronti del paziente, dovrebbero, infatti, indurre ad abbandonare i limiti della colpa grave *ex art. 2236 c.c.* introdotti dalla giurisprudenza per attingerne, invece, i tratti identificativi tenendo conto maggiormente dell'elemento soggettivo dell'illecito civile²².

²¹ Per i principi animatori della novella si veda ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria*, ecc., cit., 729; sulla funzione derogatoria della legge speciale si rimanda a IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1998.

²² Sui criteri per l'individuazione della colpa grave v. CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, cit., 373, il quale richiama il canone penalistico fondato sulla misura dell'allontanamento dell'autore del fatto dal modo in cui avrebbe agito l'agente ideale. L'A. evidenzia, inoltre, la << ... necessità di compiere un giudizio di esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte dell'esercente la professione sanitaria >>, con la conseguenza che << ... la colpa potrà quindi essere giudicata grave o meno in base ad alcune situazioni che in concreto possono condizionare quel giudizio >>. La tesi in questione, tuttavia, non convince appieno se si considera che la novella, nel rispetto della tradizione, ha mostrato di non seguire un criterio

Allo stesso modo, anche i presupposti oggettivi della rivalsa devono elevarsi tutti a condizione di procedibilità dell'azione.

Ciò trova conferma, infatti, nella natura decadenziale del termine di un anno per la proposizione dell'azione preceduta dall'integrale soddisfacimento del paziente danneggiato.

Nella stessa ottica, anche alla luce dell'esegesi dell'art. 13, emerge altresì un'inequivoca perentorietà del termine per la comunicazione al medico dell'avvenuta instaurazione del giudizio risarcitorio ovvero dell'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato.

L'esplicita previsione dell'inammissibilità nel caso di mancato rispetto di tale sbarramento temporale implica, infatti, analogamente a quanto accade per gli altri due presupposti oggettivi appena esaminati, che anche il termine di quarantacinque giorni abbia natura perentoria e costituisca una delle condizioni di procedibilità dell'azione²³.

Per quanto attiene, invece, alla prescrizione del diritto di regresso della struttura sanitaria nei confronti del medico, deve ritenersi che, in assenza di un'esplicita deroga ai principi generali, valga il termine decennale in ragione della responsabilità *ex contractu* che incombe sul destinatario della rivalsa.

3.4 I rapporti fra giudizio risarcitorio e giudizio di rivalsa

Venendo poi alle questioni connesse alla partecipazione del medico al giudizio risarcitorio ed al rapporto con il giudizio di rivalsa, la chiave interpretativa deve ancora una volta ricercarsi nel carattere speciale della nuova disciplina che – come più volte è stato evidenziato – mira a concentrare la responsabilità della *malpractice* sanitaria in capo alla struttura senza, tuttavia, precludere totalmente a quest'ultima di rivalersi nei confronti del proprio ausiliario.

In ciò risiede, pertanto, non soltanto il fondamento dei presupposti necessari per l'esercizio dell'azione, ma anche delle preclusioni che la

universale, valido sia sotto il profilo civilistico che penalistico, a proposito della irrilevanza (o meno) della colpa lieve.

²³ Sulla natura perentoria del termine in questione v. HAZAN-CINELLI, *Il coinvolgimento dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio e nelle trattative*, in AA. VV., *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 631 e ss.; in argomento cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa*, ecc., cit., 147; COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica*, ecc., cit.; CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, cit., 371.

struttura incontra a seconda che il medico abbia partecipato o meno al giudizio risarcitorio. È evidente, infatti, che l'inopponibilità della sentenza pronunciata nel giudizio risarcitorio ovvero della transazione conclusa con il danneggiato, così come il divieto di desumere argomenti di prova dalle risultanze istruttorie del processo risarcitorio al quale il medico non ha preso parte, siano tutte inequivocabili manifestazioni dell'intento del legislatore della novella di privilegiare la posizione dell'operatore sanitario rispetto a quella della struttura, senza mai consentire, neppure nell'ambito del rapporto interno tra questi due soggetti, un completo riassetto dei reciproci interessi che dal lato esterno, nei confronti del paziente danneggiato, risultano assai squilibrati in sfavore della struttura sanitaria.

Nonostante le indubbie preclusioni all'esercizio dell'azione prevista dalla disciplina speciale, non convince, tuttavia, l'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 9, comma 2° e 3°, prospettata da una parte della dottrina²⁴ nel punto in cui si nega alla struttura il diritto di chiamare in causa il medico al fine di estendere a quest'ultimo gli effetti del giudizio risarcitorio ogniqualvolta l'esercente non sia stato convenuto dal paziente danneggiato. Deve, al contrario, ritenersi che tale coinvolgimento sia possibile essenzialmente per due ordini di ragioni.

La prima si fonda sul dato testuale della disposizione in quanto l'inciso di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 9 della novella (*<<se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio>>*) non implica che l'attribuzione della qualità di parte del processo sia eccezionalmente demandata all'attore in via esclusiva. Nell'ipotesi in cui il danneggiato che dà impulso al giudizio risarcitorio non abbia convenuto anche il medico (come verosimilmente accadrà stante soprattutto le controindicazioni inerenti l'onere della prova), infatti, quest'ultimo potrà entrare a far parte del processo secondo le regole ordinarie. E, quindi, non soltanto attraverso la chiamata in causa del terzo *ex artt. 106 e 269 c.p.c.* su istanza della struttura convenuta, ma anche, in virtù di un intervento per ordine del giudice *ex art. 107 c.p.c.*

²⁴ D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, ecc., cit., 775; il medesimo autore giunge a tali conclusioni pur condividendo la soluzione della rivalsa alla luce dell'impossibilità di una *<<... meccanica sovrapposizione tra programma obbligatorio originario e sua esecuzione>>* (così D'ADDA, *Ausiliari responsabilità solidale e "rivalsa"*, cit., 376).

ovvero, almeno astrattamente, anche in ragione dell'intervento volontario su iniziativa del medesimo medico ai sensi dell'art. 105 c.p.c.²⁵.

La seconda ragione è, invece, di carattere sistematico e si fonda sulla *ratio* della rivalsa introdotta dalla novella. Se è vero, infatti, che l'azione in questione mira a riequilibrare, seppur in termini restrittivi e non esaustivi, il rapporto interno tra il medico e la struttura sanitaria dopo che quest'ultima ha sopportato, dal lato esterno, per effetto delle conseguenze della responsabilità fondata sul c.d. doppio binario, gli oneri risarcitori nei confronti del danneggiato, appare eccessivamente preclusivo per le aspettative di rivalsa del nosocomio impedire a quest'ultimo di avvalersi dello strumento processuale ordinario della chiamata in garanzia ogniqualvolta sussistano le condizioni di cui al combinato disposto degli artt. 9 e 13 per il coinvolgimento del medico nel giudizio risarcitorio.

Per quanto attiene, invece, ai caratteri del giudizio di rivalsa intrapreso nei confronti dell'esercente che non ha preso parte al giudizio risarcitorio, l'impressione complessiva che la nuova disciplina suscita è quella di fare riferimento ai principi di carattere generale, senza l'introduzione di deroghe giustificate dal regime di specialità, con il proposito però di privilegiare la posizione del destinatario della rivalsa rispetto alla struttura sanitaria.

In particolare, ciò emerge sia dall'espressa previsione dell'inopponibilità della sentenza pronunciata nel giudizio risarcitorio in applicazione del principio della efficacia relativa del giudicato *ex art.*

²⁵ In proposito pur in mancanza di una definizione normativa di "*parte del processo*", deve ritenersi che il legislatore della novella, all'art. 9 comma 2°, abbia utilizzato tale espressione facendo riferimento al concetto di "*parte in senso processuale*" al quale la miglior dottrina (GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 257) riconduce la posizione di colui che abbia proposto la domanda ovvero sia destinatario della stessa anche a seguito dell'intervento disposto dal giudice o, comunque, da quest'ultimo autorizzato su richiesta di una delle parti originarie; in senso favorevole alla chiamata in causa del medico v. anche PALADINI, *L'azione di rivalsa*, ecc., cit., 147, il quale ritiene che l'obbligo di comunicazione, in capo alla struttura sanitaria, previsto dall'art. 13 sia funzionale all'eventuale intervento volontario in causa del medico che, tuttavia, l'A. ritiene non consigliabile perché potrebbe stimolare sia la domanda risarcitoria da parte del danneggiato sia la rivalsa della struttura sanitaria; in senso favorevole alla domanda di rivalsa nel *simultaneus processus* risarcitorio, v. COREA, *I profili processuali della nuova legge*, ecc., cit..

2909 c.c., sia dalla impossibilità di far valere nei confronti del medico la transazione intervenuta con il danneggiato in quanto ch  anche tale divieto si armonizza con la regola, in materia di obbligazioni solidali, secondo la quale gli effetti della transazione conclusa da uno solo dei coobbligati in solido non si estendono agli altri condebitori che non hanno partecipato al negozio transattivo (art. 1304 c.c.)²⁶.

Deve perci  condividersi l'opinione di chi²⁷, dopo aver sottolineato il carattere esecutivo della condotta del medico (convenuto in via di rivalsa) rispetto all'obbligazione della struttura auspicava che il legislatore della novella, al fine di salvaguardare maggiormente il nosocomio consentisse a quest'ultimo di estendere pi  agevolmente al medico – in sede di rivalsa – le sorti del giudizio risarcitorio nonostante la mancata partecipazione dell'operatore a quel procedimento. E ci  introducendo un'attenuazione del principio della relativit  del giudicato derivante dal giudizio risarcitorio nonch  la limitazione delle eccezioni opponibili alle sole eccezioni personali spettanti al condebitore estraneo alla condanna risarcitoria.

Deve, per , prendersi atto che ci  non   accaduto, ma che, anzi, dalla nuova disciplina traspaia inequivocabilmente l'intento di voler ridurre ulteriormente le prospettive di un riequilibrio interno nell'assetto degli interessi tra la struttura ed il medico suo ausiliario quando quest'ultimo non abbia partecipato al giudizio risarcitorio. Il richiamo, talvolta sovrabbondante, al mantenimento dei principi generali, senza l'innesto di deroghe dettate dalla specialit  delle categorie dei destinatari della novella, offre un quadro del giudizio di rivalsa che, ogniqualvolta il medico non abbia partecipato al precedente giudizio risarcitorio, si contraddistingue per la sua completa autonomia rispetto a quel

²⁶ Il carattere sovrabbondante, perch  gi  previsto dall'art. 2909 c.c., della previsione dell'inopponibilit  del giudicato del giudizio risarcitorio cos  come la superfluit  della disposizione che impedisce di far valere la transazione (intervenuta tra la struttura sanitaria ed il danneggiato) nei confronti del medico in quanto applicazione del principio di cui all'art. 1304 c.c. trova la dottrina pressoch  unanimemente concorde: si vedano in proposito gli AA. citati alle precedenti note (23) e (24).

²⁷ Cos  D'ADDA, *Solidariet  e rivalse*, ecc., cit., 776, nota (32), il quale osserva << ... sicch  si potrebbe anche dubitare dell'inopponibilit  al medico di una pronuncia che ha avuto ad oggetto proprio l'accertamento della difettosa esecuzione della sua prestazione, con conseguente condanna ex art. 1228, quindi per un fatto riconducibile esattamente alla condotta del medico ausiliario >>.

procedimento e dove il giudice sarà libero di rivalutare *ex novo* la vicenda risarcitoria, senza l'incidenza, neppure indiretta, delle risultanze acquisite in precedenza pur se inerenti alla medesima fattispecie. Ciò non può far altro che ridurre ulteriormente le prospettive di rivalsa della struttura sanitaria la quale, infatti, oltre ad incontrare le già esaminate limitazioni ai fini della proposizione dell'azione, non potrà utilizzare gli elementi a sé favorevoli emersi nel giudizio risarcitorio del quale il medesimo nosocomio ha già sopportato in via esclusiva tutti gli oneri.

3.5 *La misura della rivalsa*

In relazione alla misura della rivalsa, invece, la disciplina contenuta nei commi 5° e 6° dell'art. 9 rivela la sua evidente impronta di specialità non soltanto per quanto attiene al tetto massimo del risarcimento, ma anche a proposito dei presupposti soggettivi e oggettivi necessari per poter beneficiare di tale sbarramento quantitativo²⁸.

Dalle disposizioni in questione traspare, ancora una volta, l'intento di privilegiare, pur se escludendo i casi di dolo e le ipotesi di attività medica esercitata sotto forma di libera professione, la categoria dell'esercente il quale, oltre a trovare riparo dalla rivalsa attraverso i numerosi filtri che incontra l'esperibilità dell'azione, potrà altresì beneficiare di un limite massimo al risarcimento del danno al quale egli sarà tenuto in caso di accoglimento della domanda.

Una delle questioni più dibattute attiene all'esclusione dei medici liberi professionisti dal beneficio dei limiti risarcitori introdotti dalla novella. In proposito si osserva che, pur trattandosi di un privilegio quantomeno discutibile, specialmente se parametrato alle ipotesi di lavori realizzati in *equipe* in cui la ripartizione tra più soggetti del complessivo ammontare del risarcimento alleggerisce ulteriormente la posizione del singolo sanitario, l'esclusione del libero professionista dal

²⁸ In proposito deve constatarsi che il legislatore della novella ha voluto introdurre, anche per la misura della rivalsa, una serie di deroghe ai principi generali dettate dal regime di specialità della nuova disciplina sempre con il proposito di attenuare, in relazione alla posizione del medico, le conseguenze sfavorevoli della fase risarcitoria. Di contro, il medesimo legislatore ha evidentemente preferito allinearsi ai principi generali confermandone, anche in termini – talvolta – sovrabbondanti, l'applicazione ogniquale volta la struttura sanitaria possa trarre un qualche vantaggio dalla deroga.

trattamento in questione rivela, comunque, un'ingiustificata disparità a suo danno²⁹.

Così come il legislatore della novella ha espressamente ricondotto, ai sensi del comma 2° dell'art. 7, le prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione all'attività per la quale la struttura sanitaria risponde *ex artt.* 1218 e 1228 c.c., allo stesso modo la disciplina speciale avrebbe dovuto coerentemente estendere i benefici inerenti la misura della rivalsa anche al libero professionista di cui la struttura si avvale.

Venendo infine ai criteri inerenti la ripartizione del risarcimento del danno nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico destinatario dell'azione di rivalsa, non può che condividersi l'impostazione, seguita dalla dottrina prevalente³⁰, che richiama il criterio della gravità della colpa di cui all'art. 2055 c.c. In proposito è opportuno rilevare, tuttavia, che tale disposizione, pur collocata nella disciplina generale dedicata all'illecito civile, deve applicarsi tenendo conto della sua portata generale riferibile a qualunque obbligazione risarcitoria prescindendo, quindi, dalla natura del rapporto interno intercorrente tra i coobbligati. Ne consegue, pertanto, che il criterio della gravità della colpa da utilizzare nella fattispecie in esame non sarà idoneo a dubitare della natura contrattuale della responsabilità del medico preposto nei confronti della struttura sanitaria alla quale è riconducibile il suo operato.

4. Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria

Tra le tutele in favore del danneggiato riconducibili alla polizza assicurativa obbligatoria prevista dall'art. 10, commi 1° e 3° della novella del 2017 deve necessariamente ricomprendersi anche il Fondo

²⁹ Ne consegue che per il libero professionista sarà applicabile il generale criterio di cui all'art. 2055 c.c., senza tener conto dei limiti risarcitori di cui all'art. 9, comma 6°, non potendosi ipotizzare, come rileva esattamente D'ADDA (*op. ult. cit.*, 778), un'ordinaria azione di risarcimento del danno su impulso della struttura sanitaria.

³⁰ Così, ancora, D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, *cit.*, 377; PARTENZA, *op. ult. cit.*, 525; in argomento, più in generale, si rimanda a ORLANDI, *La responsabilità solidale*, *ecc.*, *cit.*, 150; riaffiora, quindi, anche in sede di ripartizione del *quantum* del risarcimento tra i coobbligati, l'importanza del concetto di gravità della colpa; sul carattere neutrale del titolo di ciascuno dei coobbligati ai fini della solidarietà risarcitoria, si vedano le precedenti note (19) e (20).

di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria³¹.

La sua disciplina, contenuta nell'art. 14, prevede che il Fondo sia alimentato dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese di assicurazione per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, mentre la gestione delle risorse del Fondo di garanzia viene affidata alla Concessionaria dei servizi assicurativi pubblici (CONSAP spa) da disciplinarsi attraverso un'apposita convenzione con il Ministero della salute.

4.1 *La funzione e la struttura*

L'espressa previsione di un obbligo di assicurazione (art. 10) e di un Fondo di garanzia (art. 14) non può che indurre a ricercare la funzione e i caratteri del Fondo introdotto dalla l. n. 4/2017 nelle analoghe figure del Fondo di garanzia per le vittime della strada e per le vittime della caccia previste, rispettivamente, dagli artt. 285 e 303 del cod. ass.

In ordine alla funzione del Fondo di garanzia introdotto dalla novella del 2017, deve ritenersi, quindi, così come per il Fondo di garanzia per le vittime della strada e per quello per le vittime della caccia, che si tratti di una forma di garanzia integrativa posta a carico della collettività e finalizzata a risarcire, in ragione di un principio di solidarietà sociale, categorie di terzi danneggiati altrimenti non indennizzabili³².

La previsione del regolamento da emanarsi con decreto del MISE di

³¹ In generale sul Fondo di garanzia previsto dall'art. 14 della novella 24/2017 si vedano ROSSI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da attività sanitaria*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile sanitaria*, cit., 680 ss.; MEOLI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2018, n. 24*, cit., 261 ss.; TROILI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria*, a cura di Alpa, cit., 481 e ss.; CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la "legge Gelli"*, in *Corr. giur.*, 2017, 759 ss.

³² Così CHESSA, *Il fondo di garanzia*, ecc., cit., 759; ID. *Sub art. 302 cod. ass.*, in *Codice commentato dei contratti*, a cura di ALPA e MARICONDA, Torino, 2017, 3392; a proposito della riconducibilità della disciplina del Fondo di garanzia per i danni da responsabilità sanitaria a quella prevista per il Fondo di garanzia per le vittime della strada e per il Fondo di garanzia per le vittime della caccia; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità, civile sanitaria*, ecc., 1473; in argomento cfr. altresì CAVALLO BORGIA, *Le garanzie integrative, Responsabilità e assicurazioni*, a cura di Cavallo Borgia, Milano, 2007, 323; PONGELLI, *I sistemi di indennizzo*, ne *Il nuovo Codice delle assicurazioni*, a cura di Candian e Carriero, Napoli, 2007, 1160.

concerto con il MISA ed il MEF, che secondo il disegno di legge “Gelli” avrebbe dovuto istituire il Fondo, è rimasta nella novella del 2017 soltanto come criterio per determinare una serie di elementi espressamente previsti dal 2° comma dell’art. 14. Si tratta, in particolare, della misura del contributo dovuto dalle imprese autorizzate all’esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria; delle modalità di versamento del medesimo contributo; dei principi cui dovrà uniformarsi la convenzione tra il Ministero della salute e la Consap spa e, infine, delle modalità del regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro.

In attesa del decreto del MISE introduttivo del regolamento, deve ritenersi che, analogamente a quanto accade per i Fondi di garanzia per le vittime della strada e della caccia, per quanto attiene al funzionamento del Fondo il MISE sottoporrà alla vigilanza, e non già a suo controllo, il Fondo di garanzia che verrà amministrato dalla Consap.

E ciò dovrà verosimilmente realizzarsi con l’ausilio di un comitato, con funzione consultiva, composto da rappresentanti del MISE, delle imprese assicuratrici e degli esercenti la professione sanitaria³³. Tale organismo che, auspicabilmente, in linea con quanto accade per il funzionamento degli altri due Fondi di garanzia appena ricordati, svolgerà una funzione operativa ma consultiva rispetto alle decisioni della Consap, sarà deputato alla predisposizione del rendiconto di gestione del Fondo. Il documento definitivo dovrà, quindi, ricevere l’approvazione della Consap che provvederà poi – così come già prevede espressamente l’art. 14, comma 5° della novella, a trasmetterlo annualmente al MISE, accompagnandolo con una propria relazione illustrativa.

In relazione al patrimonio del Fondo di garanzia, invece, il contributo delle imprese assicuratrici dovrà commisurarsi in misura percentuale al premio percepito per ciascun contratto di assicurazione che sarà stipulato. Il MISE, con d.m. 28 aprile 2008, n. 98, ha

³³ Per il funzionamento del Fondo di garanzia per le vittime della caccia, v. MULAS, *Sistema di indennizzo dei danni derivanti dall’esercizio dell’attività venatoria*, nel *Commentario al c.d. delle assicurazioni*, a cura di Bin, Padova, 2006, 806 e ss; a proposito delle riconducibilità del funzionamento del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria al Fondo di garanzia per le vittime della strada, cfr. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, etc., cit.*, p. 1774.

individuato la misura del contributo nel 5% del premio dei contratti di assicurazione per il Fondo per le vittime della caccia, mentre l'art. 285 cod. ass. prevede un massimo del 4% dei premi assicurativi da destinarsi al Fondo per le vittime della strada.

È pertanto auspicabile che, in occasione dell'emanazione del regolamento di attuazione, destinato a definire anche la misura del contributo dovuto dalle imprese assicuratrici per alimentare il patrimonio di questo Fondo di garanzia, il legislatore intervenga anche sull'analogo apporto al Fondo di garanzia per le vittime della caccia e a quello delle vittime della strada al fine di individuare un'unica misura percentuale di contribuzione in favore di ciascuno dei tre Fondi. Soltanto così potrà allontanarsi il pericolo di una sperequazione di trattamento che è stata già evidenziata da una parte della dottrina³⁴.

4.2 *L'operatività del Fondo*

Come per gli altri due Fondi di garanzia, disciplinati dal Codice delle Assicurazioni ci troviamo in presenza di fattispecie tassative³⁵. Nella novella del 2017, ad esclusione del danno di importo eccedente il massimale previsto dal contratto di assicurazione (comma 7°, lett. a) dell'art. 14), le ipotesi di cui alle successive lettere b) e c) sono analoghe, ma non esattamente coincidenti, rispetto a quelle previste per il Fondo delle vittime della strada (art. 283 comma 1° cod. ass.) e per il Fondo delle vittime della caccia (art. 302 comma 1° cod. ass.). Se, infatti, il caso in cui l'esercente l'attività ovvero la struttura sanitaria siano assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trova in stato di insolvenza o sia sottoposta a liquidazione coatta amministrativa (lettera b) rispecchia esattamente le ipotesi corrispondenti previste per il Fondo per le vittime della caccia (art. 283,

³⁴ La diversa percentuale di contribuzione posta dal D.M. 98/2008 a carico del Fondo per le vittime della caccia rispetto a quella prevista per il Fondo delle vittime della strada ha indotto un parte della dottrina (PANARELLI, *I sistemi di indennizzo, Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di Amorosino e Desiderio, Milano, 2006, 528) a ravvisare una forte instabilità economica in cui versa il Fondo di garanzia per le vittime della caccia.

³⁵ Cfr., sul punto, CHESSA, *Il fondo di garanzia*, ecc., cit., 761; ID. *Sub art. 302 cod. ass.*, 3393, cit., il quale analizza parallelamente le ipotesi di operatività del Fondo di garanzia per le vittime della caccia e quelle del Fondo per le vittime della strada.

lett. C, cod. ass.) e per il Fondo di garanzia per le vittime della strada (art. 302, lett. c, cod. ass.)³⁶, per quanto attiene, invece, al caso in cui la polizza assicurativa non sussista la previsione di cui alla lettera c) dell'art. 14, comma 7°, della novella è più restrittiva rispetto alle corrispondenti previsioni in favore delle vittime della caccia e della strada. In ambito sanitario, infatti, il danneggiato potrà invocare l'intervento del Fondo di garanzia non già ogniqualvolta il contratto di assicurazione non sussista, ma soltanto se l'inesistenza della polizza assicurativa dell'esercente la professione sanitaria derivi dal recesso unilaterale dell'impresa di assicurazione ovvero dalla sua cancellazione dall'albo. Tale limitazione dell'ambito di operatività del Fondo si rivela poco coerente con le ipotesi corrispondenti previste per le vittime della caccia (art. 302, comma 1°, lett. b), cod. ass.) e per le vittime della strada (art. 283, comma 1°, lett. b), cod. ass.) là dove, in presenza di un analogo obbligo assicurativo, si prevede – come è noto – che il Fondo di garanzia intervenga ogniqualvolta il responsabile del sinistro sia privo di copertura assicurativa.

L'operatività del fondo ridotta alle sole ipotesi in cui la polizza non sussista a causa del recesso dell'assicuratore o per la sua cancellazione dall'albo e non anche a tutti gli altri casi di mancanza del contratto di assicurazione, non trova, a dire il vero, una plausibile giustificazione, soprattutto se rapportata alle corrispondenti ipotesi di intervento degli altri due Fondi di garanzia disciplinati dal Codice delle assicurazioni. Analogamente a quanto accade per la determinazione della misura di contribuzione al patrimonio del Fondo, infatti, si ravvisa anche in questo caso un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri Fondi di garanzia che si traduce nell'accollo del rischio, in capo al danneggiato, di non poter far valere l'operatività del Fondo se l'inesistenza della polizza dipende da cause diverse dal recesso

³⁶ È opportuno ricordare che la previsione di cui alla lett. b) dell'art. 14 della novella ha origine, così come i corrispondenti artt. 283 lett. c) e 302 lett. c) cod. ass., dalle statuizioni della Corte Cost. che con sentenza n. 470/2000 ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 25 della l. quadro 157/1992 (istitutiva dell'attività venatoria) per violazione dell'art. 3 Cost. nel punto in cui si escludeva l'intervento del Fondo di garanzia qualora l'impresa di assicurazione operante nel territorio della Repubblica fosse sottoposta ad una procedura concorsuale; sull'operatività del Fondo v. MEOLI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., 271 e ss.

dell'assicurazione ovvero dalla sua cancellazione dall'albo³⁷.

4.3 *Il rapporto con il responsabile del sinistro*

In attesa dell'emanazione del Regolamento ministeriale ai sensi dell'art. 14, comma 2, lett. d) della novella, deve ritenersi che sussista un diritto di regresso per le ipotesi di risarcimento in caso di superamento del massimale o di mancanza del contratto di assicurazione e che il diritto di regresso operi anche qualora il risarcimento venga corrisposto dal Fondo in via transattiva. Una simile lettura della norma si rivela, infatti, quella maggiormente coincidente con quanto già espressamente previsto dalle corrispondenti disposizioni dell'art. 292 cod. ass. per il Fondo di garanzia per le vittime della strada e dell'art. 304 cod. ass. per i danni cagionati dall'attività venatoria dalle quali emerge con chiarezza la *ratio legis* di estendere i diritti spettanti al Fondo di garanzia dopo il suo intervento in favore del danneggiato.

Nell'ipotesi di intervento a seguito di insolvenza o liquidazione coatta dell'impresa assicuratrice, invece, lo strumento a beneficio del Fondo dovrà qualificarsi come surrogazione legale ai sensi dell'art. 1203 c.c., così come ritiene una parte della dottrina³⁸ a proposito del Fondo per le vittime della strada. Suscita, invece, qualche perplessità l'interpretazione del medesimo Autore che qualifica la situazione giuridica in questione, di cui il Fondo è titolare, non già come diritto soggettivo, ma come dovere in ragione della natura eminentemente pubblicistica del Fondo medesimo. La collocazione della fattispecie nella categoria privatistica della surrogazione non può che generare, infatti, un diritto soggettivo il cui esercizio, contrariamente a quanto accadrebbe se essa fosse ricondotta al dovere, consente al Fondo di garanzia di portare a termine la propria funzione sociale di ottenere il risarcimento del danno dall'autore dell'illecito.

Infine, sempre ragionando nell'ottica di una surrogazione legale, il Fondo potrà surrogarsi nei diritti del danneggiato verso l'impresa in stato di liquidazione coatta amministrativa beneficiando del trattamento privilegiato dei crediti di assicurazione ai sensi dell'art. 258, comma 4°,

³⁷ Così CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli – Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, cit., 233; in argomento cfr. altresì ROSSI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da attività sanitaria*, cit., 680.

³⁸ Così PONGELLI, *I sistemi di indennizzo*, cit., 1163.

lett. a) cod. ass.³⁹ in linea con quanto prevede l'art. 283, comma 5, cod. ass. per l'ipotesi corrispondente dedicata al Fondo delle vittime della strada.

³⁹ A proposito della distinzione tra surroga e regresso del Fondo per le vittime della caccia, v. CHESSA, *Sub art. 304 cod. ass., cit.*, 3395; per la surroga legale si rimanda a CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, Art. 1201-1205, nel *Comm.*, Scialoja – Branca, Bologna-Roma, 1988, 64, ss; per il collegamento tra le due disposizioni del cod. ass. citate nel testo, si vedano DESIDERIO, *Le procedure commissariali di governo delle crisi assicurative*, in *Nuovo Codice delle Assicurazioni*, a cura di Amorosino e Desiderio, Milano, 2006, 482; PANARELLI, *I sistemi di indennizzo*, *ivi*, 530.