

Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario in discussione al Senato (AS 2224)

di Paolo Spaziani

SOMMARIO: 1. Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario.- 2. La natura della responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria.- 3. La pluralità delle azioni risarcitorie. Il cumulo di domande. L'azione di rivalsa. L'azione di regresso.- 4. Il rito del giudizio risarcitorio.- 5. Disposizioni sulla nomina dei consulenti tecnici.

1. Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario

Nella seduta del 28 gennaio 2016 l'Assemblea della Camera ha approvato in prima lettura il testo unificato di alcune proposte di legge (A.C. 259) sulla responsabilità professionale del personale sanitario. Il testo è attualmente all'esame del Senato (A.S. 2224).

In data 11 febbraio 2016, è stato assegnato, in sede referente, alla Commissione Igiene e sanità, la quale ha acquisito i pareri della Commissione Industria, commercio e turismo (24 febbraio 2016), della Commissione parlamentare per le questioni regionali (2 marzo 2016) e della Commissione affari costituzionali (3 maggio).

Devono ancora essere acquisiti i pareri della Commissione Giustizia e della Commissione Bilancio.

Al testo base sono stati presentati 360 emendamenti sui quali, al momento in cui si scrive il presente contributo, è da poco iniziata la discussione in Commissione.

Il disegno di legge disciplina la sicurezza delle cure sanitarie, la responsabilità civile e penale dell'esercente la professione sanitaria e la responsabilità civile della struttura in cui esso opera.

In tema di responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria e della struttura in cui esso opera, il disegno di legge introduce rilevanti novità

rispetto alla disciplina attualmente in vigore e pone all'attenzione del civilista questioni di difficile soluzione che concernono sia profili di diritto sostanziale sia profili di diritto processuale.

2. La natura della responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria

Sul piano del diritto sostanziale, la novità certamente più rilevante concerne la qualificazione della responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria che in essa opera.

Come è noto, nell'ordinamento attuale è prevalsa l'opinione volta ad attribuire natura contrattuale sia alla responsabilità della struttura sanitaria sia alla responsabilità del medico che in essa opera.

Con riguardo alla prima, la ricostruzione della natura contrattuale della responsabilità si snoda attraverso i seguenti passaggi, sebbene non sempre analiticamente esplicitati nelle massime giurisprudenziali.

1) Il paziente stipula con la struttura sanitaria (pubblica o privata) uno specifico contratto atipico sinallagmatico o a prestazioni corrispettive (cd. contratto di ospedalità o di assistenza sanitaria).

2) Da questo contratto deriva, a carico del paziente, l'obbligo di pagare il corrispettivo (che può essere adempiuto direttamente o da un terzo: ad es. l'ente assicuratore, il Servizio sanitario nazionale ecc.) e, a carico della struttura, un complesso di obbligazioni che si tripartiscono: a) nell'obbligazione principale (obbligazione di prestazione sanitaria); b) nelle obbligazioni accessorie funzionali a consentire l'esatto adempimento dell'obbligazione principale (messa a disposizione del personale medico e paramedico; messa a disposizione degli strumenti e dei materiali necessari; messa a disposizione dei farmaci); c) nelle obbligazioni accessorie che hanno ad oggetto prestazioni proprie di obblighi derivanti da altri contratti tipici o atipici (servizi di tipo alberghiero, ristorazione, locazione, deposito, trasporto).

3) La struttura provvede direttamente all'adempimento delle obbligazioni accessorie e provvede indirettamente (a mezzo del personale sanitario) all'adempimento dell'obbligazione principale.

4) La struttura conseguentemente risponde, ex art. 1218 c.c., dell'inadempimento delle obbligazioni accessorie e, ex art. 1228 c.c., dell'inadempimento dell'obbligazione principale: il sanitario è infatti il terzo (ausiliario) della cui opera il debitore (la struttura) si avvale nell'adempimento della predetta obbligazione, per modo che essa è indirettamente responsabile dei

danni cagionati dal fatto illecito da lui commesso¹.

¹ V. , tra le più recenti, Cass. civ., Sez. 3, 22 settembre 2015, n.18610, nonché, in precedenza, tra le altre, Cass. civ., Sez. 3, 14 giugno 2007, n. 13953 e Cass. civ., Sez. 3, 26 gennaio 2006, n.1698: “*il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell’obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall’assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell’ente), accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell’apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell’ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell’art. 1218 cod. civ., all’inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell’art. 1228 cod. civ., all’inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche di fiducia dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto*”.

L’applicazione della norma sulla responsabilità degli ausiliari impone di configurare la responsabilità della struttura sanitaria come *responsabilità oggettiva*: il fondamento di questa regola (comune a quella che sancisce la responsabilità extracontrattuale del preponente per i fatti dannosi commessi dal preposto: art.2049 c.c.) risiede infatti nel principio che chi si appropria dell’attività altrui per i propri fini assume anche il rischio delle conseguenze dannose di tale attività (in tal senso v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Milano, 2012, 68). La struttura sanitaria è dunque responsabile anche in assenza di una sua colpa nella scelta o nella vigilanza dell’ausiliario, il che rende irrilevante la circostanza che il medico sia stato scelto (anche) dal paziente o sia addirittura il suo medico di fiducia. Peraltro, il fatto commesso dall’ausiliario (medico) rileva come fatto di inadempimento del quale risponde il debitore (la struttura) soltanto se connotato da colpa: non è dunque necessaria la *culpa in eligendo* o *in vigilando* del debitore ma resta indispensabile la colpa dell’ausiliario nell’esecuzione della prestazione.

L’applicazione della norma sulla responsabilità degli ausiliari esclude inoltre la necessità della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato o comunque di un rapporto di dipendenza tra il medico e la struttura (in tal senso v., incisivamente, da ultimo, Cass. civ., Sez. 3, 27 marzo 2015, n.6243). La nozione di ausiliario non esige infatti la sussistenza di uno specifico rapporto giuridico con il debitore ma richiede soltanto che l’attività si inserisca *di fatto* nel procedimento esecutivo della prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio tra quest’ultimo e il terzo. Se dunque l’attività del medico si inserisce nell’esecuzione della prestazione dovuta dalla struttura sanitaria al paziente, non rileva il titolo in base al quale tale attività è svolta, in quanto la struttura risponde per il solo fatto di appropriarsi di essa ai propri fini, e cioè per il fatto di avvalersi dell’ausiliario per l’adempimento della propria obbligazione. Peraltro, in quanto la nozione di ausiliario presuppone che il debitore “*si avvalga*” della predetta attività, occorre pur sempre che l’attività medesima non sia svolta al di fuori della sua ingerenza

Con riguardo alla responsabilità del medico che opera nella struttura, la ricostruzione della stessa, in termini di responsabilità contrattuale, si snoda attraverso i seguenti passaggi, anche questi non sempre analiticamente esplicitati nelle massime giurisprudenziali.

1) In seguito alla stipulazione del contratto con la struttura sanitaria, il paziente viene in contatto con il medico che in essa opera: si determina, cioè, un contatto sociale tra il paziente che ha stipulato il contratto con la struttura e il medico che è chiamato ad eseguire la prestazione sanitaria sulla base del rapporto che lo lega alla struttura medesima.

2) In seguito al contatto sociale si determina in capo al paziente uno speciale affidamento, giustificato dalla posizione professionale del medico, in quanto operatore di una professione cd. protetta, il cui esercizio richiede una speciale abilitazione pubblica e che incide su un bene-interesse costituzionalmente tutelato, quale quello della salute.

3) L'esigenza di tutela di tale affidamento comporta che, pur mancando un'obbligazione contrattuale (presente nella diversa ipotesi in cui il paziente conclude con il medico un contratto d'opera professionale), tuttavia la prestazione dovuta dal professionista non muta contenuto, in quanto il medico è tenuto alla corretta e diligente esecuzione della prestazione sanitaria in esecuzione di obblighi di comportamento fondati sul principio di buona fede che impongono la protezione degli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto sociale.

4) Della violazione di questi obblighi di comportamento (in quanto violazione, non già di doveri generici della vita di relazione nei confronti della generalità dei consociati, ma di obblighi specifici nei confronti di un particolare creditore) il medico risponde a titolo contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 e s. c.c.2.

e che egli mantenga poteri di *determinazione* e di *controllo* dell'operato dell'ausiliario. Questi poteri, tuttavia, non sono esclusi nell'ipotesi in cui il paziente *concorra* all'individuazione del sanitario quale medico di fiducia, in quanto il creditore compie una scelta nell'ambito del personale del debitore e o delle persone da lui indicate.

² Cfr. Cass. civ., Sez. 3, 22 gennaio 1999, n.589: "*l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul contatto sociale ha natura contrattuale. Conseguente che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale*".

Cfr. ancora, più recentemente, Cass. civ., Sez. 3, 19 aprile 2006, n.9085: "*in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non*

fondata sul contratto, ma sul contatto sociale, ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. Tale situazione si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione c.d. protetta (per la quale cioè è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall'art. 32 Cost. Ne consegue che alla responsabilità contrattuale del medico per il danno alla persona, causato da imperizia nell'esecuzione di un'operazione chirurgica, si applica l'ordinario termine di prescrizione decennale".

Cfr., infine, da ultimo, Cass. civ., Sez. 3, 13 luglio 2010, n. 16394 (la quale ha escluso che tra gli obblighi di protezione che assume il medico nei confronti del paziente, per effetto del *contatto sociale* tra loro intercorso, rientri quello di garantire un determinato risultato della prestazione sanitaria, salvo che il paziente non dimostri l'espressa assunzione della garanzia del risultato da parte del medico) e Cass. civ., Sez. 3, 31 marzo 2015, n. 6438, la quale ha affermato che il primario ospedaliero, in ferie al momento del *contatto sociale*, del ricovero e dell'intervento, non può essere chiamato a rispondere delle lesioni subite da un paziente della struttura ospedaliera solo per il suo ruolo di dirigente, non essendo configurabile una sua responsabilità oggettiva.

La ricostruzione operata dalla giurisprudenza, pur richiamando la teorica dei rapporti *contrattuali di fatto derivanti da contatti sociali* (secondo la fortunata espressione dell'HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, 9) e quella degli *obblighi di protezione* (elaborata dallo STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 25), si distingue sia dalla prima che dalla seconda.

In entrambe le figure vi è una scissione tra l'*obbligazione* e la sua *fonte* o, se si vuole, tra il *rapporto obbligatorio* e il *fatto* costitutivo dello stesso.

Nei *rapporti contrattuali di fatto* la scissione opera nel senso che il rapporto nasce da un contatto sociale che prescinde dal contratto (dunque non vi è contratto come fonte) ma si modella secondo il contenuto di un contratto tipico (dunque esiste un rapporto che si riconduce ad un tipo contrattuale). Questa dicotomia appare evidente sia in riferimento alle fattispecie esaminate dalla dottrina tradizionale che ha prospettato la possibilità di rapporti contrattuali di fatto in ordine ai contratti di massa che si costituiscono mediante utilizzazione di un servizio o mediante apprensione di un bene (cfr., ad es., BETTI, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, I, 238) sia in riferimento alle (rare) applicazioni giurisprudenziali che hanno riguardato soprattutto la società di fatto e il lavoro subordinato di fatto (cfr., al riguardo, l'ormai storica Cass. civ., Sez. 1, 5 agosto 1967, n. 2088).

Negli *obblighi di protezione* la scissione opera in senso opposto, in quanto, sebbene la loro fonte sia normalmente ravvisabile in un contratto, essi non coincidono con l'*obbligazione* tipica principale che da quel contratto sorge ma si identificano in *obblighi distinti e accessori*, il cui fondamento viene ravvisato talora nella buona fede (DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca* (art.1173-1176), 1988, 316) talaltra nella diligenza (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *l'obbligazione*, Milano, 1990, 93-94), e che hanno ad oggetto la protezione degli interessi della controparte non specificati nel rapporto contrattuale e precipuamente la salvaguardia dei terzi (cc.dd. terzi protetti dal contratto) che, pur non essendo parte del contratto, hanno un rapporto qualificato (di convivenza, di

La consolidata opinione volta ad attribuire natura contrattuale sia alla responsabilità della struttura sanitaria che a quella del medico che in essa opera potrebbe essere rivista se entrasse in vigore il nuovo d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario.

Esso infatti prevede bensì che *“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”* ma aggiunge che *“l’esercente la professione sanitaria ... risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile”* (art. 7).

Pertanto, mentre con riguardo alla struttura sanitaria, viene recepito il consolidato orientamento secondo cui essa risponde a titolo contrattuale, direttamente o per il fatto degli ausiliari, secondo che venga in considerazione l’inadempimento delle obbligazioni accessorie (che essa esegue in proprio) o di quella principale (che essa esegue avvalendosi del personale sanitario), con riguardo al medico che opera nella struttura si prefigura una responsabilità di tipo extracontrattuale.

servizio o di ospitalità) con il creditore e che la prestazione espone ad uno specifico rischio di danno. La ricostruzione giurisprudenziale della responsabilità (contrattuale) da contatto del medico che opera nella struttura sanitaria non trova fondamento né nella prima né nella seconda figura in quanto, per un verso, l’obbligazione nascente dal contatto sociale non si modella secondo il contenuto di un contratto tipico ma si traduce in obblighi di comportamento strumentali alla protezione degli interessi emersi in occasione del contatto sociale; per altro verso, questi obblighi di protezione non trovano la loro fonte nel contratto quali obblighi accessori derivanti dallo stesso ma trovano la loro origine nel contatto sociale tra il paziente e il medico e nell’esigenza di tutelare l’affidamento del primo verso la figura professionale del secondo (in tal senso cfr., incisivamente, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 482-483 e, ivi, nota 89, il quale, nell’illustrare la ricostruzione operata da Cass. civ., Sez. 3, 22 gennaio 1989, n.589, da un lato critica i riferimenti dottrinali alla figura del rapporti contrattuali di fatto, i quali, sebbene nascano da contatto sociale *“danno vita ad un obbligo di prestazione, laddove l’obbligazione alla quale si riferisce la Cassazione è quella senza prestazione”*; dall’altro lato, esclude l’utilizzabilità della teoria degli obblighi di protezione, la quale vorrebbe portare ad identificare il paziente quale terzo protetto dal contratto stipulato tra il medico e la struttura, dimenticando che *“risulta molto più consistente e persuasiva la prossimità del medico nei confronti del paziente (terzo) che quella di quest’ultimo rispetto alla prestazione del medico nei confronti dell’ospedale”* perché *“un affidamento si instaura recta via tra paziente e medico, pur quando quest’ultimo non sia obbligato alla prestazione nei confronti del primo; un affidamento giustificato dalla qualità professionale, la quale sembra idonea come tale a fondare una pretesa specifica di protezione in capo al malato”*.

Il progetto normativo trova un suo precedente nell'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. *legge Balduzzi*), il quale, dopo aver previsto che *“l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*, soggiunge che, *“in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”*.

Di fronte a questa regola gli interpreti hanno formulato opinioni diverse.

Una prima opzione esegetica, recepita da una parte della giurisprudenza di merito, movendo da un'interpretazione rispettosa sia del dato letterale (contraddistinto dal richiamo alla norma cardine sull'illecito aquiliano, da reputarsi non casuale alla luce dei lavori preparatori e delle significative modifiche introdotte al testo originario in sede di conversione del decreto legge) sia dell'intenzione del legislatore (spinto dall'esigenza di limitare la responsabilità civile e penale derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie, in funzione del contenimento della spesa sanitaria ed al fine di porre rimedio al fenomeno della cd. *medicina difensiva*), ha ritenuto che la norma imponga di rivedere il criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria per i danni provocati al paziente, nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un contratto d'opera professionale (e salva in ogni caso la responsabilità contrattuale della struttura secondo le regole tradizionali), la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) debba essere ricondotta alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue in ordine alla disciplina applicabile, soprattutto in tema di riparto dell'onere della prova e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno³.

Una seconda opzione esegetica, ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, ha invece affermato che poiché il primo periodo del comma 1 dell'art. 3 d.l. n.158/2012, come modificato dalla legge di conversione (l.

³ Cfr., ad es., Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693, secondo cui *“se ... il paziente danneggiato agisce in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto in “contatto” presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, la responsabilità risarcitoria del medico va affermata soltanto in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito ex art. 2043 c.c. che l'attore ha l'onere di provare”*, mentre *“se ... oltre al medico è convenuta dall'attore anche la struttura sanitaria presso la quale l'autore materiale del fatto illecito ha operato, la disciplina delle responsabilità andrà distinta (quella ex art. 2043 c.c. per il medico e quella ex art. 1218 c.c. per la struttura), con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento”*.

n.189/2012), si riferisce alla sola responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria per restringerla alle ipotesi di colpa grave, il secondo periodo, nel prevedere che in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., intende soltanto riaffermare, nel diverso ambito civilistico, la rilevanza anche della colpa lieve, in conformità al principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit*, senza esprimere alcuna opzione in favore della qualificazione della responsabilità medica quale responsabilità extracontrattuale e senza pertanto incidere sulla tradizionale configurazione della stessa come responsabilità contrattuale fondata sul contatto sociale, con le connesse implicazioni in termini di disciplina⁴.

È agevole prevedere che il contrasto interpretativo si riproporrà anche di fronte alla nuova norma contenuta nel d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario.

Sembra peraltro difficile che possa prevalere in questo caso una soluzione esegetica omologa a quella affermata dalla Suprema Corte con riguardo all'art. 3 d.l. n. 158/2012.

La circostanza che la norma contenuta nella *legge Balduzzi* richiami l'art. 2043 del codice civile nell'ambito di una previsione concernente la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria ha consentito, pur con qualche difficoltà di ordine logico⁵, di ritenere che il legislatore volesse soltanto ribadire la diversa rilevanza dell'elemento subiettivo dell'illecito con riguardo alla responsabilità civile di carattere aquiliano, senza prendere

⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. 6-3, Ord. 17 aprile 2014, n. 8940: "*l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve*".

Nello stesso senso Cass. civ., Sez. 6-3, Ord. 24 dicembre 2014, n. 27391 e, sia pure nell'ambito di un *obiter dictum*, Cass. civ., Sez. 3, 19 febbraio 2013, n. 4030.

⁵ La soluzione esegetica offerta dalla Suprema Corte individua l'unica funzione del secondo periodo del comma 1 dell'art. 3 d.l. n.158/2012 nella riaffermazione della rilevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità civile *extracontrattuale*. Tale riaffermazione sarebbe peraltro inutile e la norma (il citato secondo periodo del comma 1 dell'art. 3) sarebbe quindi superflua e priva di ambito applicativo in quanto la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria continuerebbe ad avere natura *contrattuale* e tale natura non sarebbe influenzata dalla nuova legge.

posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura.

Il d.d.l. in discussione al Senato, peraltro, non si limita a richiamare la norma cardine sull'illecito aquiliano nell'ambito di una disposizione concernente la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria; al contrario, esso pone una chiara distinzione tra la responsabilità della struttura e la responsabilità del personale che in essa opera, qualificando la prima in termini di responsabilità *contrattuale* (la struttura "risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile") e la seconda in termini di responsabilità *extracontrattuale* (l'esercente la professione sanitaria "risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile").

Di fronte a tale chiara previsione normativa non si potrebbe continuare - se non a costo di una inaccettabile *interpretatio abrogans* - a ritenere insuperabile l'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e dovrebbe invece prendersi atto della distinzione tra i due tipi di responsabilità (quella della struttura e quella dell'esercente la professione sanitaria) e delle conseguenti implicazioni sul piano della disciplina.

La necessità di prendere atto delle eventuali novità legislative non può tuttavia consentire che sia smarrita la consapevolezza della diversità *ontologica* tra le due forme di responsabilità conosciute dal nostro ordinamento.

Sul piano ontologico, si profila una responsabilità di tipo contrattuale nelle ipotesi di violazione di un *obbligo specifico* verso un *determinato* soggetto che è titolare di una specifica pretesa creditoria; si profila invece una responsabilità di tipo extracontrattuale nelle ipotesi di violazione di un *dovere generico* verso *tutti* i consociati, e cioè di un dovere di rispetto degli interessi altrui nella vita di relazione (*neminem laedere*) a prescindere dalla sussistenza di uno specifico rapporto obbligatorio⁶.

La diversità ontologica tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale esclude che possa darsi ingresso a tesi interpretative che -

⁶ Sulla distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, cit., 559: "la responsabilità extracontrattuale si distingue rispetto a quella contrattuale, che sanziona l'inadempimento dell'obbligazione, quale dovere specifico verso un determinato soggetto (il creditore). La responsabilità extracontrattuale scaturisce invece dalla violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e che impongono doveri di rispetto degli interessi altrui a prescindere da una specifica pretesa creditoria. Il dato che accomuna le due responsabilità è ... la stessa nozione di responsabilità, quale sanzione per la violazione di un dovere giuridico: obbligo specifico nei confronti del creditore, obbligo generico nei confronti dei consociati".

Sulla nozione di obbligazione quale dovere *specifico*, che si distingue rispetto ai doveri *generici* che interessano la vita di relazione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *l'obbligazione*, cit., 22.

movendo dal dato letterale e dalla *ratio* sottesa all'introducenda novità legislativa - si spingano ad individuare nell'inadempimento (o nell'inesatto adempimento) della prestazione sanitaria da parte del medico o del paramedico operanti nella struttura una fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

Il mutamento del dato normativo non può infatti incidere sulla circostanza - inerente, appunto, all'ontologia della fattispecie - che l'esercente la professione sanitaria è pur sempre vincolato da un obbligo *specifico* nei confronti di un soggetto *determinato* (il paziente) e non semplicemente al rispetto dei medesimi doveri *generici* della vita di relazione che incombono sulla *generalità* dei consociati.

La violazione di questo obbligo specifico - sia che si traduca in una totale omissione della prestazione dovuta sia che si traduca in un'inesatta esecuzione di essa - integra pertanto inadempimento (*culpa in non faciundo*: art. 1218 c.c.) e dà luogo ad una fattispecie di responsabilità contrattuale⁷.

In ipotesi di entrata in vigore del nuovo d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario, dovrebbe pertanto ritenersi - accedendo ad una soluzione interpretativa intermedia tra le due tesi estreme formulate con riguardo alla legge Balduzzi - che la previsione secondo cui "*l'esercente la professione sanitaria ... risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile*" non costituisce una norma di disciplina *primaria* della fattispecie della responsabilità del medico o del paramedico che opera nell'ambito di una struttura sanitaria (recante la qualificazione di tale fattispecie in termini di responsabilità extracontrattuale) ma costituisce una norma di disciplina *secondaria*, e cioè una *norma di rinvio* che, preso atto di una fattispecie ontologicamente riconducibile alla responsabilità contrattuale, ne prevede tuttavia la disciplina attraverso il rinvio alle regole della responsabilità extracontrattuale.

La precisazione sulla natura della norma non è scevra di conseguenze pratiche: se infatti dovesse ritenersi che essa, in quanto norma primaria, reca la qualificazione della responsabilità del medico in termini di responsabilità extracontrattuale, tale fattispecie sarebbe interamente assoggettabile alla relativa disciplina; al contrario, la configurazione della norma quale norma di rinvio

⁷ Cfr., in tal senso, le incisive parole di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 484-485: "*rovesciando l'affermazione di De Ruggiero, che echeggiando Jhering, puntualizza come non possa «nella colpa aquiliana giammai parlarsi di culpa in non faciundo, perché tra persone non strette da alcun vincolo non può esistere un obbligo», si deve concludere che, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa e aventi come destinatario il singolo paziente, il vincolo con il paziente esiste ...; e la violazione di tale vincolo si configura come culpa in non faciundo, la quale dà origine a responsabilità contrattuale*".

(che non incide sulla natura contrattuale della responsabilità del medico ma si limita a rinviare, per la sua disciplina, alle regole sulla responsabilità extracontrattuale), lascia aperto il problema dei limiti entro cui tale disciplina può ritenersi applicabile.

In particolare, tenendo conto della *ratio* del intervento legislativo (consistente nell'esigenza di limitare la responsabilità del medico sia al fine del contenimento della spesa pubblica conseguente alla liquidazione degli importi risarcitori e all'aumento dei premi assicurativi sia al fine di porre rimedio al fenomeno della cd. medicina difensiva che si traduce nella prestazione di cure inappropriate incidendo negativamente sulla tutela del diritto alla salute dei pazienti), potrebbero ritenersi applicabili gli istituti della responsabilità aquiliana più favorevoli al responsabile mentre potrebbero ritenersi inapplicabili quelli che si traducono in una disciplina a lui più sfavorevole⁸.

⁸ Come è noto, le principali differenze tra la disciplina della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale sono le seguenti: 1) la responsabilità extracontrattuale presuppone, sul piano soggettivo, la capacità di intendere e di volere del danneggiante, mentre tale capacità non è richiesta per configurare la responsabilità da inadempimento (art. 2046 c.c.); 2) il debitore colposamente inadempiente gode della limitazione del risarcimento al danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.), mentre il danneggiante aquiliano è tenuto a risarcire tutti i danni arrecati sia nell'ipotesi in cui l'illecito sia doloso sia nell'ipotesi in cui sia colposo (arg. ex art. 2056 c.c.); 3) l'autore dell'illecito aquiliano gode di un regime di riparto dell'onere probatorio più favorevole rispetto al debitore inadempiente in quanto il creditore non ha l'onere di provare l'inadempimento mentre il danneggiato aquiliano ha l'onere di provare il fatto illecito; inoltre il creditore non ha l'onere di provare la colpa del debitore inadempiente (che si presume) mentre il danneggiato aquiliano ha l'onere di provare la colpa dell'autore del fatto illecito salvo che ricorra una speciale ipotesi di responsabilità aggravata (per colpa presunta) od oggettiva; 4) l'autore dell'illecito aquiliano è avvantaggiato dalle norme sulla prescrizione: infatti il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in 5 anni (art. 2947 c.c.) mentre il diritto al risarcimento del danno da inadempimento si prescrive nel termine ordinario di 10 anni (art. 2946 c.c.).

Avuto riguardo alla *ratio* dell'intervento legislativo - e sempre che esso entrasse in vigore - potrebbero ritenersi applicabili all'esercente la professione sanitaria, chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., il più favorevole regime che connota la responsabilità aquiliana in tema di prescrizione del diritto al risarcimento e di riparto dell'onere probatorio nonché la regola che subordina l'imputabilità del fatto dannoso alla capacità di intendere e di volere del suo autore, mentre potrebbe reputarsi inapplicabile l'esclusione della regola di determinazione del danno risarcibile di cui all'art. 1225 c.c., la quale, sebbene non richiamata dalla disciplina della responsabilità aquiliana potrebbe comunque trovare operatività in ragione della natura ontologicamente contrattuale della responsabilità.

3. La pluralità delle azioni risarcitorie. Il cumulo di domande. L'azione di rivalsa. L'azione di regresso

Sul piano del diritto processuale, il d.d.l. in discussione al Senato prevede la possibilità che il paziente che assume di essere stato danneggiato dall'inesatto adempimento della prestazione medica possa esercitare una pluralità di azioni nei confronti di soggetti diversi.

Da questa disciplina derivano questioni di difficile soluzione per il processualista, che attengono all'incidenza del rapporto di connessione tra le varie domande, ai limiti del giudicato formatosi su una o su talune di esse, ai rapporti tra giudizio di responsabilità e giudizio di rivalsa e ai rapporti tra l'azione di rivalsa e quella di regresso.

Il paziente danneggiato può esercitare 4 ordini di azioni: 1) l'azione di risarcimento del danno contrattuale nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria (art. 7, comma 1 e art. 9, comma 3)⁹; 2) l'azione di risarcimento del danno extracontrattuale nei confronti dell'esercente la professione sanitaria (art.7, comma 3)¹⁰; 3) l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile della struttura sanitaria o sociosanitaria: sia per le strutture pubbliche che per quelle private è infatti stabilito l'*obbligo* di stipulare la polizza assicurativa (art. 10, comma 1)¹¹ e l'impresa di assicurazione può essere

⁹ Art. 7, comma 1: “1. 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”.

Art. 9, comma 3: “3. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria ...”.

¹⁰ Art. 7, comma 3: “3. L'esercente la professione sanitaria ... risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile”.

¹¹ Art. 10, comma 1: “1. Le aziende del Servizio sanitario nazionale, le strutture e gli enti privati operanti in regime autonomo o di accreditamento con il Servizio sanitario nazionale che erogano prestazioni sanitarie a favore di terzi devono essere provvisti di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso l'azienda, la struttura o l'ente. La disposizione del primo periodo si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria nonché attraverso la telemedicina”.

convenuta dal paziente danneggiato con *azione diretta* (art.12, comma 1)¹²; 4) l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria fuori della struttura, legato al paziente da un contratto d'opera professionale: per questo tipo di esercente la professione sanitaria resta infatti l'*obbligo* di stipulare la polizza assicurativa normalmente stabilito a carico del professionista (art.10, comma 2)¹³ e l'impresa di assicurazione può essere convenuta dal paziente danneggiato con *azione diretta* (art.12, comma 1)¹⁴.

Allo stato non è invece prevista per il paziente la possibilità di agire con *azione diretta* nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria all'interno della struttura, responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c., sebbene anche per tale esercente la professione sanitaria sia stabilito l'obbligo di stipulare adeguata polizza assicurativa con onere a proprio carico (art.10, comma 3)¹⁵.

Le azioni risarcitorie nei confronti della struttura sanitaria e dell'esercente la professione sanitaria in essa operante possono essere esercitate *cumulativamente* o *separatamente* (art.9, comma 2)¹⁶.

¹² Art. 12, comma 1: "1. ... 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 all'azienda, struttura o ente di cui al comma 1 dell'articolo 10 ...".

¹³ Art.10, comma 2: "Per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di un'azienda, struttura o ente di cui al comma 1 del presente articolo resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, dall'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137, e dall'articolo 3, comma 2, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189".

¹⁴ Art. 12, comma 1, in fine: "1. ... 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 ... all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10".

¹⁵ Art. 10, comma 3: "3. Al fine di garantire efficacia all'azione di rivalsa di cui all'articolo 9, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in aziende del Servizio sanitario nazionale, in strutture o in enti privati provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione".

¹⁶ Art. 9, comma 2: "2. Se il danneggiato, nel giudizio di risarcimento del danno, non ha convenuto anche l'esercente la professione sanitaria ...".

Vanno anzitutto esaminate le questioni che si pongono in ipotesi di azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria.

In tale ipotesi è espressamente previsto il *litisconsorzio necessario* dell'assicurato (art.12, comma 4)¹⁷: la struttura sanitaria o l'esercente la professione sanitaria devono dunque essere necessariamente convenuti nel giudizio promosso direttamente contro il loro assicuratore ed è evidente che se non vengono convenuti trova applicazione l'art. 102, secondo comma, c.p.c.

Ciò consente di risolvere agevolmente il problema dell'efficacia della decisione di accoglimento della domanda proposta in sede di azione diretta contro l'assicuratore nel successivo giudizio di rivalsa promosso dall'assicuratore medesimo contro il soggetto assicurato (struttura o esercente la professione sanitaria).

Premesso, infatti, che l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato (art.12, comma 3)¹⁸, deve ritenersi che la sentenza emessa nel giudizio contro l'assicuratore, in quanto presa nel contraddittorio dell'assicurato, fa stato nel giudizio di rivalsa promosso contro di lui.

Questa conclusione trova conferma nella regola generale sul giudizio di rivalsa, la quale prevede che la decisione pronunciata nel giudizio risarcitorio contro la struttura sanitaria e in accoglimento dell'azione diretta proposta contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa contro l'esercente la professione sanitaria se questi non è stato parte nel giudizio (art. 9, comma 3)¹⁹.

Di maggiore spessore sono le questioni che si pongono nell'ipotesi in cui venga esercitata l'azione risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria.

Si è detto che tale azione, di carattere contrattuale, può essere esercitata autonomamente o cumulativamente con quella, di carattere extracontrattuale, contro l'esercente la professione sanitaria.

Esaminiamo anzitutto la prima ipotesi.

¹⁷ Art. 12, comma 4: “4. Nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'azienda, struttura o ente a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'azienda, la struttura o l'ente medesimo; 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”.

¹⁸ Art. 12, comma 3: “3. L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o di ridurre la propria prestazione”.

¹⁹ Art. 9, comma 3: “3. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro ... l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio.”

Se il paziente non abbia convenuto in giudizio anche l'esercente la professione sanitaria, la struttura, nell'ipotesi in cui sia condannata al risarcimento del danno (ma anche nell'ipotesi in cui provveda al risarcimento sulla base di un titolo stragiudiziale: ad es. transazione) può esercitare l'azione di rivalsa contro l'esercente la professione sanitaria, a pena di decadenza, entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza o dal pagamento avvenuto sulla base del titolo stragiudiziale (art.9, comma 2)²⁰.

Premesso che la transazione non è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa (art.9, comma 4)²¹, con riguardo alla sentenza si stabilisce il diverso principio per cui essa non fa stato nel giudizio di rivalsa soltanto se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio risarcitorio (art.9, comma 3)²².

È peraltro possibile - ed anzi assai probabile - che l'esercente sia stato parte del giudizio risarcitorio.

Egli infatti, sebbene non convenuto dal paziente danneggiato (e sebbene quindi non abbia assunto la qualità di *parte originaria*), avrà ricevuto dalla struttura sanitaria la comunicazione dell'avvenuta instaurazione del giudizio risarcitorio contro di essa²³ e dunque sarà stato messo in condizione di intervenire nel giudizio risarcitorio assumendo la qualità di *parte successiva*.

²⁰ Art. 9, comma 2: "2. 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 dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento ovvero dal pagamento in caso di risarcimento avvenuto sulla base di un titolo stragiudiziale".

²¹ Art. 9, comma 4: "4. In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa".

²² Art. 9, comma 3: "3. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria ... non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio".

²³ Art. 13: "1. Le strutture sanitarie e sociosanitarie di cui all'articolo 7, comma 1, e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 10, commi 1 e 2, comunicano all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell'atto introduttivo del giudizio".

L'obbligo di comunicazione non è assistito da alcuna sanzione. Poiché esso sembra trovare fondamento nell'esigenza di tutela dell'esercente la professione sanitaria, il quale deve essere informato del giudizio risarcitorio instaurato contro la struttura al fine di potere intervenire nello stesso, potrebbe ipotizzarsi

Tale intervento deve qualificarsi come *intervento adesivo dipendente* in quanto l'esercente la professione sanitaria non fa valere, in confronto delle parti, o di una di esse, un proprio diritto soggettivo relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto in giudizio ma, più semplicemente, interviene per sostenere le ragioni della struttura sanitaria, avendo interesse al riguardo.

La posizione di interveniente *ad adiuvandum* dell'esercente la professione sanitaria, comporterebbe, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'implicazione che egli, pur acquisendo la qualità di parte, non sarebbe destinatario degli effetti *diretti* della sentenza (dalla quale potrebbe essere pregiudicato solo *in via riflessa*) e non sarebbe dunque legittimato all'impugnativa, *in via autonoma*, della stessa, ove sfavorevole alla parte adiuvata, potendo soltanto *aderire* all'eventuale impugnativa di quest'ultima²⁴.

Nella fattispecie, in esame, peraltro, poiché in forza dell'intervento (benché meramente adesivo) il sanitario diviene parte del giudizio risarcitorio promosso contro la struttura, deve riconoscersi all'interveniente la legittimazione ad impugnare la sentenza di condanna, posto che quest'ultima è destinata a fare stato nel successivo giudizio di rivalsa.

Ulteriori questioni si pongono in relazione ai presupposti del *giudizio di rivalsa*.

Per quanto concerne quelli del giudizio di rivalsa che può essere promosso dall'impresa di assicurazione contro la struttura o il sanitario assicurati nell'ipotesi di condanna in seguito ad esercizio dell'azione diretta da parte del paziente danneggiato, si è già visto che l'impresa di assicurazione ha diritto di

che in caso di violazione dell'obbligo la struttura non possa opporre all'esercente la sentenza emessa nel giudizio risarcitorio contro di essa neppure quando l'esercente sia comunque intervenuto nel giudizio medesimo. Deve invece escludersi, in difetto di una previsione espressa, che la violazione dell'obbligo di comunicazione comporti preclusione o decadenza rispetto all'azione di rivalsa.

²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. 1, 14 ottobre 2013, n. 23235: "*il ricorso per cassazione proposto in via autonoma e principale dall'interveniente adesivo dipendente va esaminato come ricorso incidentale adesivo rispetto a quello della parte adiuvata, da intendersi quale ricorso principale, posto che il predetto interveniente - cui è preclusa l'impugnazione in via autonoma della sentenza sfavorevole alla parte adiuvata, salvo che per la statuizione di condanna alle spese giudiziali pronunziata nei suoi confronti - conserva in tal modo la sua posizione processuale secondaria e subordinata, potendo aderire all'impugnazione della parte adiuvata*".

Con particolare riguardo all'intervento previsto dall'art.6 l. nn.117/1988 (responsabilità civile dei magistrati) che consente al magistrato di partecipare al giudizio di responsabilità verso lo Stato, cfr. Cass. civ., Sez. 3, 20 gennaio 2006, n. 1105, ove si chiarisce che la posizione di interveniente adesivo dipendente, pur escludendo la legittimazione all'impugnativa in via autonoma della sentenza, comporta comunque l'assunzione della qualità di *parte* dell'interveniente nel giudizio cui partecipa.

rivalsa nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o di ridurre la propria prestazione (art. 12, comma 3).

Per quanto concerne il giudizio di rivalsa che la struttura può promuovere contro l'esercente la professione sanitaria, si stabilisce che l'azione di rivalsa può essere esercitata solo in caso di dolo o *colpa grave* (art.9, comma 1)²⁵.

Dunque, non vi è coincidenza tra i presupposti che danno luogo alla responsabilità della struttura sanitaria verso il paziente e quelli che consentono la rivalsa della struttura sanitaria verso l'esercente la professione sanitaria che opera all'interno di essa: la struttura può essere infatti condannata al risarcimento del danno anche per colpa lieve²⁶, ma essa può rivalersi verso il medico o il paramedico solo in caso di dolo o colpa grave di quest'ultimo.

Ci si deve domandare se l'esclusione della colpa grave che preclude l'azione di rivalsa si abbia nei soli casi in cui tale esclusione è prevista in ambito penalistico oppure se possa aversi anche in altri casi.

Al riguardo va rilevato che l'art.6 del d.d.l. prevede l'inserimento, nel codice penale, dell'art. 590-ter, il quale, dopo aver statuito, nel primo comma, che *“l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave”* aggiunge, nel secondo comma, che *“agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge”*.

Pertanto, conformemente a quanto già previsto dall'art. 3 della *legge Balduzzi* con riguardo al generale ambito penalistico, anche la nuova legge, sia pure limitatamente ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose, esclude di massima che ricorra la colpa grave del medico quando egli si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Si pone dunque il problema se, anche ai fini della responsabilità civile (ed in particolare ai fini dei presupposti dell'azione di rivalsa), valga quanto stabilito ai fini penali, con la conseguenza che la colpa grave dovrebbe essere esclusa (e l'azione di rivalsa preclusa) nei soli casi di rispetto delle buone

²⁵ Art. 9, comma 1. *“L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave”*.

²⁶ La colpa, eventualmente lieve, sarà della struttura in ipotesi di inadempimento delle obbligazioni accessorie, ma sarà del medico (suo ausiliario) in ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale: dunque la colpa lieve del medico può far condannare la struttura ex art. 1228 c.c. e, nel contempo, escludere la rivalsa di quest'ultima nei confronti dell'ausiliario.

pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge.

Sembra tuttavia che la limitazione operante in ambito penalistico non possa valere in sede civilistica, nella quale il giudice, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, può individuare anche altre ipotesi di esclusione della colpa grave.

Particolarmente problematica si presenta l'ipotesi in cui l'azione risarcitoria venga esercitata *cumulativamente* nei confronti della struttura sanitaria e del medico, la prima chiamata a rispondere in via contrattuale, il secondo chiamato a rispondere in via extracontrattuale.

E' dubbio, infatti, se anche in questa ipotesi, la struttura, ove condannata, possa agire in rivalsa verso il sanitario²⁷.

Tale problema dovrebbe potere essere risolto negativamente alla luce delle considerazioni che seguono.

Nell'ipotesi di esercizio cumulativo dell'azione risarcitoria può accadere anzitutto che entrambi i convenuti siano condannati: in tal caso, sebbene a diverso titolo, essi saranno tuttavia tenuti in via solidale al risarcimento del danno nei confronti del paziente.

In applicazione della regola generale di cui all'art. 1228 c.c., il fatto dell'ausiliario rileva come fatto di inadempimento e di esso l'ausiliario non risponde verso il creditore in quanto non è parte del rapporto obbligatorio.

Alla responsabilità contrattuale del debitore si aggiunge tuttavia quella dell'ausiliario quando il fatto da lui commesso, oltre che rilevare come fatto di inadempimento imputabile al debitore, lede altresì interessi tutelati nella vita di relazione, integrando anche un illecito extracontrattuale del quale risponderà in proprio l'ausiliario medesimo²⁸.

Il carattere solidale della responsabilità (l'una di carattere contrattuale l'altra di carattere extracontrattuale) pone il problema di come vanno regolati i rapporti interni tra i soggetti responsabili, e in particolare se la struttura possa rivalersi nei confronti del sanitario nell'ipotesi in cui la condanna sia dovuta al fatto colposo di questi.

²⁷ L'attuale formulazione del testo legislativo lascia dubbi al riguardo perché non subordina l'azione di rivalsa alla mancata citazione in giudizio dell'esercente la professione sanitaria ma prevede questa condizione ai fini dell'esercizio di tale azione successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale (art.9, comma 2). Se dunque l'idea è quella di consentire l'azione di rivalsa soltanto nei casi in cui il giudizio risarcitorio sia stato promosso contro la struttura escludendo quelli in cui sia stato convenuto anche il sanitario, il testo legislativo dovrà essere migliorato.

²⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità, cit.*, 73.

Tenendo presente che il debitore (la struttura) è oggettivamente responsabile, deve ritenersi che nei rapporti interni la responsabilità gravi sull'ausiliario (il sanitario), salva la prova che vi sia colpa anche del debitore²⁹. La struttura, ove abbia risarcito il danno, potrà dunque esercitare l'*azione di regresso* nei confronti del sanitario senza che vi sia spazio per un'azione di rivalsa.

Nell'ipotesi di azione risarcitoria esercitata cumulativamente nei confronti della struttura e del sanitario può poi accadere che sia condannata soltanto la prima mentre la domanda nei confronti del secondo potrebbe essere rigettata.

Questo esito deve tuttavia essere escluso nella fattispecie in cui si sia dedotto l'inadempimento dell'obbligazione principale, consistente nella prestazione sanitaria propriamente detta.

Infatti, sebbene l'accertamento del fatto del sanitario - che rileva come inadempimento della prestazione sanitaria imputabile alla struttura ex art. 1228 c.c. e come fatto illecito del sanitario ex art. 2043 c.c. - viene condotto sulla base di regole probatorie e sostanziali diverse che rendono teoricamente possibile l'accertamento della fattispecie di responsabilità contrattuale in assenza di quello della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, tuttavia, se l'accertamento verso il sanitario conduce all'esclusione del fatto colposo a lui imputato, vengono meno anche i presupposti della responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c., posto che l'illecito dell'ausiliario è requisito costitutivo della responsabilità del debitore³⁰.

Se dunque la domanda extracontrattuale nei confronti del sanitario viene rigettata, la struttura sanitaria può essere condannata solo per colpa propria ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia che tale colpa riguardi la prestazione principale sia che essa riguardi l'inadempimento degli altri obblighi derivanti dal contratto di

²⁹ Con riguardo al problema generale del regresso nell'ipotesi di responsabilità oggettiva del corresponsabile, v. C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 654, il quale trae argomento dalla regola secondo la quale il regresso si misura secondo la gravità delle colpe che, nel dubbio, si presumono uguali (art. 2055 c.c.), per inferirne che, se è provata l'assenza di colpa di uno dei corresponsabili, il carico dell'obbligazione risarcitoria deve ricadere interamente sul responsabile colpevole.

Analogamente C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 741, con riguardo all'ipotesi di responsabilità per il fatto dei preponenti (art. 2049 c.c.) che condivide il medesimo fondamento della responsabilità per il fatto degli ausiliari, configurando una responsabilità per fatto altrui che, mentre richiede la colpa del preposto, prescinde da quella del preponente, il quale è oggettivamente responsabile, al pari del debitore per il fatto dell'ausiliario, per il fatto di appropriarsi dell'attività altrui per i propri fini assumendo così il rischio delle conseguenze dannose di tale attività.

³⁰ Cfr. ancora C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 72: "se il fatto dell'ausiliario è immune da dolo o colpa, il debitore non è responsabile per l'inadempimento causato da tale fatto".

spedalità o di assistenza sanitaria. Anche in questa ipotesi non sembra pertanto esservi spazio per un'azione di rivalsa, in quanto l'obbligazione risarcitoria della struttura non trova causa nel fatto colposo del sanitario.

4. Il rito del giudizio risarcitorio

Sempre sul piano del diritto processuale, altra rilevante novità concerne il rito del giudizio risarcitorio.

Quest'ultimo, sia che venga introdotto nei confronti della struttura sia che venga introdotto nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, deve essere preceduto da un ricorso ai sensi dell'art.696-*bis* c.p.c.

Il paziente dovrà quindi chiedere, nelle forme previste dall'art. 696, ult. comma, c.p.c., l'espletamento di una *consulenza tecnica preventiva* ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dall'inadempimento della struttura o dal fatto illecito dell'esercente la professione sanitaria. La consulenza tecnica preventiva è finalizzata alla composizione della lite in quanto il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti e, qualora la conciliazione non riesca, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Nella prospettiva del d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario, la consulenza tecnica preventiva costituisce un vero e proprio *tentativo preventivo di conciliazione* e in tal senso si esprime la rubrica dell'art.8.

Questo tentativo dovrebbe sostituire il procedimento di mediazione obbligatoria che, ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, deve essere esperito preliminarmente all'esercizio in giudizio anche di un'azione di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria.

Al pari del procedimento di mediazione obbligatoria, la presentazione del ricorso per consulenza tecnica preventiva costituisce condizione di procedibilità della successiva domanda di risarcimento. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che l'istanza per l'espletamento della consulenza tecnica preventiva non è stata proposta o che comunque il procedimento non si è concluso, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione dell'istanza di consulenza tecnica preventiva o dell'istanza di completamento del procedimento.

Espletata la consulenza tecnica preventiva, se la conciliazione non riesce la domanda diviene procedibile; essa diviene inoltre procedibile se il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di 6 mesi. Gli effetti della domanda sono salvi se l'azione giudiziale viene introdotta nel termine di 90 giorni dal deposito della relazione di consulenza tecnica o dalla scadenza del termine perentorio.

Il giudizio risarcitorio è governato dal *rito sommario di cognizione*, in quanto si prevede espressamente che, divenuta procedibile la domanda, sia depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento finalizzato all'espletamento della consulenza tecnica preventiva, il ricorso ai sensi dell'art.702-*bis* c.p.c., e che, fissata l'udienza di comparizione delle parti, si applichino gli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c..

L'innovazione si inserisce a pieno titolo in una precisa linea di tendenza legislativa, volta ad allargare l'utilizzo del rito sommario: un rito che, nato come facoltativo per la parte (art. 702-*bis*, primo comma, c.p.c.) e limitato dal potere del giudice di disporre quasi discrezionalmente il passaggio al rito ordinario (art. 702-*ter*, terzo comma, c.p.c.), è stato in parte nobilitato con l'introduzione dell'art.183-*bis* c.p.c., introdotto dal d.l. n.132/2014 (che ha previsto il reciproco potere, per il giudice, di passare dal rito ordinario al rito sommario) e poi reso sostanzialmente obbligatorio dall'ultima legge di stabilità, che lo ha elevato a rimedio preventivo della violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU, il cui esperimento costituisce presupposto necessario del diritto all'equa riparazione (artt. 1-*bis* e 1-*ter* L. n. 89 del 2001, come introdotti dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208)³¹.

³¹ Si aggiunga che nel *d.d.l. di delega recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*, redatto dalla Commissione presieduta da Giuseppe Maria Berruti, recentemente approvato dalla Camera dei Deputati e ora in discussione al Senato, sono stabiliti, con riguardo al processo di cognizione di primo grado, criteri di delega che prevedono:

a) una nuova individuazione dei casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale (eventualmente con modifica dell'art. 50-*bis* c.p.c.), e dunque una nuova *ratio* della distinzione tra cause di cognizione monocratica e cause di cognizione collegiale, da attuarsi sulla base dell'oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie;

b) l'applicazione obbligatoria del rito sommario di cognizione - ridenominato *rito semplificato di cognizione di primo grado* e collocato nel libro II del codice - alle cause di cognizione monocratica, riservando, altrettanto obbligatoriamente, il rito ordinario a quelle di cognizione collegiale, così da introdurre il parallelismo: causa monocratica= rito sommario; causa collegiale= rito ordinario;

c) l'assegnazione al giudice del rito sommario della facoltà di fissare termini perentori per la precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni, nonché per l'indicazione dei mezzi di prova diretta e contraria e per le produzioni documentali. Ciò evidentemente

Se la previa proposizione dell'istanza per l'espletamento di consulenza tecnica preventiva costituisce un *onere* per l'attore (in quanto condizione di procedibilità della domanda), la partecipazione al procedimento costituisce un *obbligo* per tutte le parti, comprese le società di assicurazione: il d.d.l. prevede, infatti, che, in caso di mancata partecipazione, il giudice con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, a prescindere dalle soccombenza, oltre che ad una pena pecuniaria equitativamente determinata, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

5. Disposizioni sulla nomina dei consulenti tecnici

Ulteriori novità, sotto il profilo processuale, sono previste con riguardo alla nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria.

Il d.d.l. in discussione al Senato prevede che nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti nominati non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi (art. 15, comma 1).

Negli albi dei consulenti di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, e dei periti di cui all'articolo 67 delle norme di attuazione del codice di procedura penale, devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisione degli albi deve inoltre essere indicata l'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero degli incarichi conferiti e di quelli revocati (art. 15, comma 2).

al fine di dare più spazio al contraddittorio e all'esercizio del diritto di difesa, in considerazione dell'attuale disciplina limitativa del procedimento con rito sommario, ove si prevede che il giudice emetta l'ordinanza decisoria semplicemente dopo aver sentito le parti e aver proceduto agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto.

Va pertanto rimarcato che la scelta processuale contenuta nell'art.8 d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario si iscrive in una precisa linea di tendenza dell'ordinamento volta ad estendere l'ambito applicativo del procedimento sommario.

L'albo dei consulenti previsto dall'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, e l'albo dei periti previsto dall'articolo 67 delle norme di attuazione del codice di procedura penale devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico-legale, un'idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento (art.15, comma 3).