IRIS AperTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La responsabilità sanitaria

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available http://hdl.handle.net/2318/1711679 since 2019-09-12T14:11:41Z

Publisher:

Giuffré

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

19 April 2024

Responsabilità sanitaria e assicurazioni

Paolo d'Agostino

Sommario: 1. Introduzione. La sanità fra complessità e abbandono. – 2. (*Segue*) L'assenza di controlli. – 3. Responsabilità professionale sanitaria e assicurazioni: l'abbandono del mercato. – 4. I tentativi di riforma. La legge Balduzzi: un'occasione perduta. – 5. (*Segue*) La legge Gelli: fra apparenza e sostanza. – 6. (*Segue*) Le conseguenze assicurative. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione. La sanità fra complessità e abbandono.

Per la migliore comprensione dell'approccio adottato in questo lavoro, in cui ci occuperemo precipuamente dei profili assicurativi della responsabilità sanitaria, e per la rappresentazione delle ragioni sottese allo stesso, sembrano opportune alcune brevi riflessioni preliminari.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la sanità costituisce la prima voce di spesa del nostro Paese: il che significa che la sanità è un sistema di interessi così complesso ed articolato – molto condizionato dalla politica sia nazionale che locale[1] – che difficilmente riesce ad accettare l'inserimento di norme, regole e procedure finalizzate a determinare maggiore trasparenza, razionalità, competenza, qualità ed effettività,

[1] Gli organi di stampa e gli studi nazionali e internazionali di approfondimento hanno evidenziato come la politica, dalla quale dipende la nomina i soggetti che ricoprono un ruolo apicale in sanità (sulla base della appartenenza politica), assegni incarichi *ad interim* senza alcun bando, costruendo posizioni "*su misura*" e nominando commissioni di valutazione favorevoli: le giunte regionali sono libere di nominare i direttori generali delle Asl, dai quali dipende la nomina dei direttori sanitari e amministrativi, nonché la composizione delle commissioni che selezionano i Direttori (gli *ex* Primari). Un sistema a cascata che alla fine può coinvolgere – sulla base, appunto, della fedeltà politica – le scelte relative a tutto il personale che opera nel settore: il che determina evidenti (potenziali) ricadute elettorali e di finanziamento. Sul punto basti ricordare che la sanità pubblica implica una spesa di circa centodieci miliardi di euro all'anno.

Si vedano i rapporti curati da RiSSC (Centro Ricerche e Studi su Sicurezza e Criminalità) e Trasparency International Italia, Corruzione e sprechi in sanità, novembre 2013, e Curiamo la corruzione. Percezione, rischi e sprechi in sanità, aprile 2016: «Il sistema distorto arriva fino al controllo delle nomine ai livelli più bassi della struttura […]. L'intero meccanismo sembra costruire un sistema al servizio della politica, la quale gode di ampi poteri, è immune da qualsiasi responsabilità e non è soggetta a forme efficaci di controllo». Già da un anno l'Autorità anticorruzione ha indicato negli "*incarichi e nomine*" la seconda area a rischio di corruzione in sanità dopo gli appalti. La riforma Madia, con cui si intenderebbe sottrarre le nomine dei direttori generali della sanità alla politica locale, non sembra fornire una soluzione al problema: si prevede la creazione di un elenco nazionale presso il Ministero della salute e la selezione del direttore all'interno di una terna individuata da una commissione regionale. È vero che per la prima volta sono stabiliti dei criteri di merito per la selezione, ma tra questi è previsto il possesso di un attestato rilasciato dalla Regione di provenienza: si torna al punto di partenza.

Ne consegue che, avere una corretta visione d'insieme del fenomeno sanità, è quasi impossibile: un mondo di luci e ombre, la cui analisi è fortemente condizionata dall'ottica (dalla prospettiva) da cui i problemi vengono visti e affrontati. Per tali ragioni, si è cercato di individuare alcuni denominatori comuni ai diversi approcci possibili, evidenziando solo le ragioni che, più di altre, hanno consentito (*rectius*: favorito), a parere di chi scrive, il sorgere e, soprattutto, l'evolversi della conflittualità in sanità e l'acuirsi di questa anche in conseguenza della attuale, lunga e profonda, crisi economica.

Contemporaneamente, il legislatore ha omesso per lungo tempo di intervenire nella materia, lasciando le soluzioni di tale fenomeno alle (inadeguate) norme di carattere generali esistenti. Di conseguenza, la giurisprudenza (soprattutto di legittimità) – adottando una applicazione particolarmente pregnante dello *stare decisis* (tipica dei sistemi di *common law*) –, sentenza dopo sentenza, si è appropriata della materia costruendo un assetto di regole giuridiche di riferimento e trasformandosi nel principale organo di controllo della sanità: il controllo sulla prima voce di spesa del Paese.

Allo stesso tempo, come si avrà modo di evidenziare, la mancanza di una chiara e specifica regolamentazione giuridica della attività e della responsabilità professionale, unita al proliferare incontrollato del contenzioso (senza che vi fosse alcun monitoraggio ed analisi di cosa stava accadendo), ha comportato che tutte le conseguenze di questo fenomeno si sono riversate sulle assicurazioni presenti in Italia le quali, di fatto, hanno direttamente sostenuto le conseguenze economiche derivanti dalla totale assenza di informazioni e di politiche di prevenzione del rischio e, di conseguenza, hanno progressivamente abbandonato questo ramo assicurativo. Per queste ragioni, come si avrà modo di esporre, oggi le compagnie di assicurazioni disponibili sono pochissime e prevalentemente (*rectius*: esclusivamente) straniere mentre le strutture sanitarie ormai non si assicurano più, preferendo le forme di auto-ritenzione del rischio consentite dalla legge.

In questo quadro problematico e complesso, come si avrà modo di esporre, il legislatore è intervenuto recentemente due volte.

La prima, nel 2012, con una norma (art. 3 della legge 8.11.2012 n. 189, nota come "*Legge Balduzzi*") con cui, con assoluta leggerezza, ha tentato di inserire una nuova disciplina penalistica e – larvatamente - di condizionare le impostazioni civilistiche sino a quel momento offerte dalla giurisprudenza: una visione sicuramente semplicistica che ha ulteriormente consolidato il ruolo della giurisprudenza in materia.

Di nuovo, nel 2017, con la legge 8.3.2017 n. 24 (nota come "*Legge Gelli-Bianco*"), con cui si è cercato di definire una sorta di sotto-sistema dedicato alla responsabilità professionale sanitaria attraverso una disciplina meramente regolamentare e organicistica, affidando le sostanziali innovazioni a numerosi decreti di attuazione che, di fatto, ne neutralizzano l'efficacia.

2. (*Segue*) L'assenza di controlli.

Come detto, la sanità è la prima voce di spesa del nostro Paese. Dal dopoguerra in avanti, in Italia non sono stati messi in moto processi mirati ad approfondire, studiare e misurare, l'entità reale dei fenomeni che caratterizzano questo importante settore. Una totale assenza di analisi del rischio: una carenza di informazioni che è stata (ed è) prologo indispensabile per consentire a chi interessato (in modo lecito o illecito; a livello nazionale[2] e/o locale) di influenzare le scelte, l'amministrazione e, soprattutto, la spesa[3] relativa a questo settore.

Questa assenza di informazioni, di conoscenza, di cultura, si è rivelata teleologicamente utile al perseguimento di fini distorti [4] ed ha comportato, ovviamente, una profonda difficoltà nell'adozione di adeguate politiche finalizzate ad una corretta "*gestione del rischio*"[5] ed alla prevenzione dei danni[6].

Contemporaneamente, la giurisprudenza in materia si è rivelata oltremodo severa[7]. Nei diversi settori dell'ordinamento in cui si esprime la responsabilità

[2] Per molti decenni si è preferito non approfondire e non evidenziare il progressivo incremento delle azioni giudiziarie per responsabilità professionale: non si è conferita adeguata attenzione alle modificazioni degli orientamenti – tanto sociali quanto giurisprudenziali – in materia di responsabilità sanitaria, lasciando ogni conseguenza della crescente conflittualità, esclusivamente, all'assicurazione dell'ente.

[3] Non solo: considerando l'enorme quantità di persone impiegate nel settore sanità, questa è stata condizionata dall'adozione di criteri clientelari (preelettorali) nelle assunzioni. Anche dopo il processo di c.d. "*aziendalizzazione*", le funzioni dirigenziali sono state assegnate favorendo professionisti selezionati non solo (o non tanto) in base alle loro specifiche competenze, ma sulle garanzie da questi fornite di perseguire i compiti e le finalità predisposti e dettati dal gruppo di interesse che ne ha favorito l'inserimento nel ruolo.

[4] Altrimenti, un'analisi precipua di cosa realmente stava accadendo all'interno di tutte le strutture su tutto il territorio nazionale avrebbe determinato una fondata consapevolezza non solo del rischio specifico (distinto per specialità e per frequenza), ma avrebbe contribuito a definire elementi conoscitivi e presupposti di fatto per effettuare scelte chiare ed efficaci in materia di politica sanitaria: sarebbe stato chiaro dove intervenire, dove investire e cosa eliminare. Una chiarezza che sarebbe andata a discapito delle logiche e degli interessi di fazione. Invece, è l'ignoranza che consente e favorisce l'adozione di tagli lineari in sanità; è l'ignoranza che impedisce di avere dati certi e provati e di effettuare tagli mirati e specifici; è l'ignoranza che ostacola l'efficienza e l'effettività delle cure; è l'ignoranza che impedisce a tutti i soggetti coinvolti (politici, amministratori e professionisti) di essere effettivamente misurati e valutabili.

[5] Questo ha comportato, da parte di aziende sanitarie ed enti (anche regionali), l'adozione di misure finalizzate alla prevenzione del rischio spesso fondate su scelte personali e inadeguate, nei fatti, a fronteggiare le carenze organizzative e di coordinamento (e dialogo) fra strutture complesse (ad esempio, fra il pronto soccorso e i singoli reparti) che compongono le aziende stesse.

[6] Come detto, tutto ciò ha favorito la totale rimessione di ogni sinistrosità alle assicurazioni con conseguente incremento, nel tempo, dei premi richiesti e, come avremo modo di esporre, una – altrettanto costante – riduzione dell'ambito di operatività delle relative coperture assicurative, ottenuta con l'inserimento di clausole e condizioni contrattuali finalizzate a limitare sempre più l'esposizione economica delle imprese di assicurazione.

[7] Basta leggere le parti del presente volume dedicate all'analisi giurisprudenziale per verificare come questa abbia svolto nei fatti una funzione di controllo della "*qualità*" (della

professionale sanitaria, sono state mutuate dal diritto penale le regole, i principi di riferimento e le modalità di accertamento della responsabilità (colposa), ponendo l'attenzione principalmente (se non esclusivamente) sui professionisti sanitari. A riprova dell'assunto, basti notare che ancora oggi, con la legge Gelli (n. 24 del 2017), non è stata inserita una fattispecie relativa alla responsabilità diretta delle strutture sanitarie (pubbliche o private) per le carenze strutturali e/o organizzative, che sia indipendente ed autonoma rispetto alle norme che disciplinano la responsabilità dei professionisti sanitari.

Il rarefarsi del mercato assicurativo disponibile ha comportato l'adozione, nelle polizze, di clausole contrattuali finalizzate alla riduzione di esposizione da parte degli assicuratori (franchigie, scoperti) con conseguente coinvolgimento economico diretto da parte degli enti[8]. L'utilizzo in proprio delle risorse per fronteggiare i risarcimenti, ha sviluppato nelle strutture pubbliche una crescente sensibilità all'analisi del rischio quale strumento risolutivo dei problemi: un tentativo di soluzione tardivo, segmentato localmente ed approssimativo che, di fatto, non è stato in grado di frenare la fuga degli assicuratori italiani (favorendo l'ingresso degli stranieri) ed ha favorito forme incontrollate di auto-ritenzione del rischio da parte delle strutture sanitarie pubbliche e private[9].

---

prestazione sanitaria erogata) piuttosto che concentrarsi sulla valutazione della "*legalità*" dei comportamenti. Alla fine, semplificando al massimo, il sistema della responsabilità professionale in materia sanitaria si è orientato all'accertamento della "*colpa*", nelle varie declinazioni che essa assume nei diversi settori dell'ordinamento giuridico civile, penale e contabile-amministrativo.

[8] Di conseguenza, l'evoluzione culturale da parte degli enti (soprattutto pubblici) in materia di analisi e gestione dei sinistri e di responsabilità professionale è stata determinata dallo stesso mondo delle assicurazioni che, nel tempo, ha introdotto nei contratti assicurativi franchigie e scoperti sempre più elevati, costringendo gli enti a farsi sempre più carico del proprio rischio ponendo maggiore attenzione alle proprie polizze assicurative: frutto di capitolati di gara con indicazione molto chiara delle esigenze richieste. Una progressiva acquisizione di consapevolezza che, salvo eccezioni, non ha coinvolto i singoli professionisti sanitari, i quali continuano a subire le volontà del mercato assicurativo. Salvo alcune associazioni rappresentative di specialità mediche (oculisti, urologi ospedalieri, anestesisti ospedalieri, ecc.), i singoli professionisti sanitari stipulano, in genere, polizze assicurative di scarsissima qualità: sul punto, è sufficiente soffermare l'attenzione su come venga assicurata la colpa grave del giudizio di responsabilità contabile-amministrativa avanti alla Corte dei conti (sul punto M. G. Gariglio, *Responsabilità professionale sanitaria e ruolo delle assicurazioni*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, R. De Matteis, G. Vecchio, CEDAM, Padova, 2014, pp. 541 ss.).

[9] Un fenomeno che è iniziato nell'ambito pubblico da parte di alcune aziende che non trovavano più assicuratori disposti ad assumersi il loro rischio, seguito poi da iniziative miste regionali (si veda quanto accaduto in Piemonte) e infine con una totale auto-ritenzione del rischio: come accaduto per prima nella Regione Toscana. Una scelta che, anche grazie ad una legittimazione legislativa (art. 27 primo comma *bis,* d.l. 90/2014, conv. con modif. in l. 114/2014 ed ora art. 10, primo comma, l. 24/2017, che autorizza gli enti sanitari pubblici e privati ad adottare misure alternative all'assicurazione per la gestione dei loro rischi), si sta espandendo anche fra le strutture sanitarie private. È assolutamente indispensabile far rilevare parimenti – nella legge – l'assenza di qualsiasi struttura ovvero strumento di controllo. Nessuno controlla come vengano accantonate le risorse o se queste risultino effettivamente adeguate e sufficienti a fronteggiare il fenomeno quando emergerà nella sua compiutezza.

In questo quadro di assenza di controlli, ci si chiede quale ruolo abbiano avuto gli Ordini professionali (e le rispettive Federazioni nazionali) delle professioni sanitarie, anche a fronte dei dati emergenti in merito alle crescenti assoluzioni che dal 2002[10] in avanti hanno caratterizzato i procedimenti penali relativi ai professionisti sanitari[11]. Pur ammettendo che i dati citati non siano completi ed esaustivi ma che rappresentino una mera percezione fenomenologica, emerge un tema che risulta fondamentale in materia: considerando che la maggior parte delle azioni penali intentate contro i professionisti sanitari sono infondate – quindi incentrate su perizie (di parte e/o di ufficio) a dir poco inattendibili – quale reazione è stata attivata da parte degli Ordini professionali (a cui appartengono quei periti) e, ancor prima, dalle loro Federazioni nazionali a tutela dei loro iscritti e della professione che rappresentano?[12]

Sul punto, occorre ricordare che già il d.lgs.cps. 13.9.1946, n. 233, rubricato «*Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina*

Anzi: mentre le imprese di assicurazione sono costrette dalla attuale normativa europea ad ottemperare a tutta una serie i oneri per garantire la loro stabilità economica (per una analisi semplificata si v. il rapporto IVASS, Solvency II, *La nuova regolamentazione prudenziale del settore assicurativo: una guida semplificata*, sul sito istituzionale www.ivass.it), si consente a soggetti pubblici e privati di procedere alla auto-ritenzione del rischio in totale assenza di controllo. Per far fronte all'inefficienza esistente, il legislatore del 2017 si è preoccupato di inserire all'art.10, sesto comma, la necessità di definire con decreto quale sarà la procedura da seguire per gli enti che dall'auto-gestione del rischio decideranno di tornare al mercato assicurativo tradizionale. Sarebbe interessante sapere chi ha fatto pressioni per inserire nella l. Gelli-Bianco questa specifica norma. Una cosa è certa: come si avrà modo di esporre, le bozze del decreto di attuazione di cui all'art. 10, sesto comma, che in queste settimane stanno circolando sono assolutamente di scarsa qualità ed insufficienti a consentire un serio controllo di questo fenomeno.

[10] Il riferimento è diretto agli effetti connessi alla pronuncia della nota "Sentenza Franzese" (Cassazione penale, SS.UU, sentenza 11/09/2002 n° 30328)

[11] Pur nei limiti già indicati sulla completezza e attendibilità dei dati forniti in ambito sanitario, la *Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali* – alla quale era stato affidato il compito di indagare sulle cause e sulle responsabilità degli errori sanitari nelle strutture pubbliche e private – ha concluso i propri lavori affermando che il 98,8% dei procedimenti penali per i casi di lesione colposa e il 99,1% di quelli per omicidio colposo si chiudono con l'archiviazione, mentre su 357 procedimenti analizzati, le condanne sono state solo 2. Dello stesso tenore ci sono state numerose pubblicazioni anche riferite ai procedimenti civili: nel 2015 il Presidente del Collegio italiano dei chirurghi ha affermato che «*Le migliaia di azioni civili e penali che vengono intentate contro i medici (e soprattutto alcuni specialisti: chirurghi, ginecologi e traumatologi) si concludono con il 98% di proscioglimenti in sede penale e l'80% di assoluzioni in sede civile*».

[12] In altre parole: da anni, ormai, tutte le associazioni (scientifiche e sindacali) e gli enti rappresentativi delle professioni sanitarie hanno incrementato gli spazi congressuali e convegnistici dedicati alla responsabilità professionale focalizzando sempre più l'attenzione nei confronti della categoria degli avvocati che, sul modello americano, avvicinano i pazienti all'interno e all'esterno degli ospedali invitandoli ad agire legalmente nei confronti dell'ente e dei professionisti sanitari dipendenti per trovare soddisfazione economica. Sul rapporto esistente fra legali spregiudicati, medici legali e specialisti compiacenti, si veda quanto espresso con riferimento all'art. 15 della legge 24/2017.

dell'esercizio delle professioni stesse», all'art. 3 in cui sono definite le attribuzioni spettanti al Consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio di professioni sanitarie, consentiva loro di assumere un ruolo centrale in materia. E lo stesso principio è riproposto nella modifica apportata al d.lgs.cps. su citato dalla nuova legge di riforma degli Ordini delle professioni sanitarie: la Legge n.ro 3 del 2018[13].

Preme sottolineare che la nuova disciplina appena approvata e su citata avrebbe potuto conferire agli Ordini un ruolo più chiaro, ufficiale e centrale nella materia consentendo loro di svolgere una attività di controllo e di monitoraggio sul punto: invece, ancora una volta, nulla[14].

3. Responsabilità professionale sanitaria e assicurazioni: l'abbandono del mercato.

Entrando un po' più in profondità nell'esame dei contratti assicurativi che trovano applicazione in ambito di responsabilità civile professionale sanitaria, occorre porre l'accento su una delle più importanti evoluzioni che ne hanno caratterizzato il cammino: il passaggio dalla clausola "*loss occurrence*" alla clausola "*claims made*".

Sono note le ragioni per cui, nel corso del tempo[15], si è deciso di passare dalla adozione della clausola di "*loss occurrence*" – in cui l'operatività della polizza viene

---

[13] Il citato d.lgs.cps. 13.9.1946, n. 233 all'art. 3 lett. f) fra le attribuzioni spettanti al Consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio prevede anche quello di «*interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari e per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse*». Testo confermato nella l. 3/2018.

Se gli Ordini avessero ottemperato alle attribuzioni ad essi conferite avrebbero, da un lato, certamente limitato, circoscritto, (se non eliminato) il contenzioso in materia; dall'altro, avrebbero monitorato effettivamente le modalità di esercizio della professione sanitaria nel nostro Paese e – una volta valutate le specifiche frequenze evidenziate dalle complicanze (o errori) nelle singole specialità – avrebbero potuto porre in essere quanto necessario a sopperire ai *deficit* formativi. Invece, anche in questo caso, nessun controllo. Anche in questo caso una completa assenza di controlli: il tutto in un'ottica di mera difesa corporativistica che ha avuto e ha il solo scopo di proteggere il "*sistema*" così com'è; contemporaneamente, a lasciare spazio alla giurisprudenza nell'appropriarsi di ogni potere decisionale in materia.

[14] In tale prospettiva, assume particolare interesse l'iniziativa assicurativa e culturale adottata dalla Federazione Nazionale dei Tecnici Sanitari di Radiologia Medica.

[15] Uno dei principali problemi che hanno caratterizzato l'evoluzione dei contratti assicurativi per la responsabilità civile professionale è stata la gestione delle "*riserve*" contabili poste dall'assicuratore a fronte di ogni singolo sinistro aperto: un sinistro la cui effettiva liquidazione avverrà dopo moltissimi anni dall'apertura, in considerazione dei tempi particolarmente lunghi della giustizia nel nostro Paese. Per tale ragione, sotto il profilo cronologico, si distingue fra "*fatto originario"* (il momento nel quale si verifica materialmente la condotta da cui origina il danno), "*fatto dannoso"* (il momento in cui il danno manifesta concretamente i suoi effetti), "*richiesta di risarcimento"* (il momento in cui il danneggiato presenta la richiesta di risarcimento all'assicurato);

incentrata sul momento in cui si è verificato il danno - a quella di "*claims made*", secondo cui, il momento centrare per determinare l'operatività della polizza assicurativa è quello in cui si riceve per la prima volta la richiesta di risarcimento[16].

Così, con l'inserimento della clausola "*claims made*", si è provveduto a circoscrivere l'operatività della copertura assicurativa limitandola alle sole richieste di risarcimento che venissero presentate, per la prima volta, durante il periodo di validità della polizza. Gli assicuratori hanno, poi, inserito un ulteriore elemento di limitazione di tale operatività prevedendo anche che la copertura poteva valere solo relativamente a fatti verificatisi non oltre un determinato numero di anni precedenti alla sottoscrizione del contratto. In tale caso si definisce la clausola *claims made* con retroattività[17].

In Italia, la clausola *claims made* è stato oggetto di un intenso dibattito (non ancora sopito) sul tema della legittimità della clausola medesima, sia dottrinario[18] che

---

"*denuncia del sinistro"* (il momento in cui l'assicurato si rivolge al suo assicuratore per informarlo della richiesta di risarcimento a lui pervenuta da parte del terzo danneggiato).

[16] In base all'art. 1917 del cod. civ., l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, a titolo di risarcimento del danno, per fatto involontariamente cagionato a terzi commesso durante il tempo dell'assicurazione. Quindi, secondo l'articolo citato si tiene conto del fatto originario per identificare temporalmente il momento del sinistro. Tale formulazione viene usualmente denominata nell'ambito assicurativo come "*loss occurrence*".

Su tale punto occorre sottolineare che, adottando quest'ultima impostazione – e tenendo, pertanto, in considerazione il momento del fatto colposo e dei suoi effetti – nel caso in cui dovesse verificarsi un danno che portasse ad una richiesta di risarcimento, in un tempo successivo a quello del fatto originario, occorrerà andare a ricercare ed attivare il contratto assicurativo esistente al momento in cui si è posto in essere il comportamento colposo che ha originato il fatto illecito, con tutti i problemi che tale situazione comporterebbe: ad esempio, l'assicuratore ha cessato la sua attività o il vecchio contratto assicurativo presenta massimali insufficienti al momento dell'apertura del sinistro. Inoltre, con questo tipo di operatività l'assicuratore risponderebbe dei danni anche in momenti di gran lunga successivi rispetto alla chiusura del contratto assicurativo: il che determina, di fatto, una impossibilità alla chiusura dei loro bilanci, con conseguenze importanti anche sui mercati riassicurativi.

Per tali motivi, al fine di limitare temporalmente l'ambito di operatività dei contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale, si è optato per l'introduzione della clausola c.d. "*claims made*": il "momento del sinistro" è il momento in cui si riceve la richiesta di risarcimento.

[17] Tale ulteriore limitazione viene solitamente accompagnata da una dichiarazione con cui il contraente o l'assicurato attestano di non avere ricevuto in precedenza nessuna richiesta di risarcimento e di non essere a conoscenza di fatti o circostanze che possano dare luogo a richieste di risarcimento indennizzabili a termini di polizza. È appena il caso di sottolineare la notevole importanza della nozione di "*fatti o circostanze che possano dare luogo a richieste di risarcimento indennizzabili a termini di polizza*": se un medico avesse ricevuto da parte della sua ASL una semplice richiesta di produrre una relazione a proposito di un determinato caso potrebbe tale richiesta configurarsi come una conoscenza di una circostanza suscettibile di dare seguito ad una richiesta di risarcimento?

[18] Vi è chi sostiene che, poiché la formulazione *claims made* deroga all'art. 1917 del cod. civ.: norma imperativa, primaria e inderogabile. Altri individuano la nullità di tale clausola nell'inesistenza del rischio che la sua introduzione nel contratto assicurativo andrebbe a determinare rendendolo nullo nella sua interezza. Sul punto, una parte della giurisprudenza, ritiene che, con

giurisprudenziale: da ultimo, occorre menzionare una recente pronuncia delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione (Cass. sez. un. civ., 6.5.2016, n. 9140) in merito alla validità di una clausola *claims made* c.d. mista (o impura) inserita in un contratto di assicurazione per responsabilità civile.

Per le Sezioni unite[19] non è vessatoria la clausola che, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, subordina l'operatività della copertura

---

l'introduzione di tale clausola, il rischio sia ben identificato ma collocato in un momento diverso da quello del verificarsi del comportamento colposo essendo, infatti, sufficiente che si tratti di un evento futuro ed incerto. Per altri ancora, si ritiene che l'art. 1917 del cod. civ. non sia una norma inderogabile: quindi l'assicuratore e l'assicurato possono convenire di attuare nel contratto assicurativo un diverso assetto nell'ambito della autonomia negoziale a loro riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

[19] Con riferimento all'obbligo per l'assicuratore a far fronte della richiesta di risarcimento anche successivamente alla scadenza del contratto assicurativo, la Corte di Cassazione con sentenza n.10506 del 28 aprile del 2017 ha osservato che «*La clausola cosiddetta* claim's made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma secondo del codice civile, in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione*». A seguito di tale sentenza, i Tribunali di Roma e Napoli in due sentenze del maggio 2017 si sono uniformati alla linea tracciata dalla citata sentenza della Cassazione ritenendo nulla per immeritevolezza la clausola *claims made* che non prevede ultrattività. Ancora il Tribunale di Napoli ha eccepito un altro caso di immeritevolezza di tutela in una clausola di *claims made* inserita in una polizza che preveda una retroattività di soli cinque anni: in contrasto, pertanto, con quanto si dirà in merito all'art. 11 della Legge 24/2017. Da quanto esposto emerge, pertanto, che la clausola *claims made* priva di ultrattività sia immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e che il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, di cui parla l'art. 1917 cod. civ. non può essere identificato con la richiesta di risarcimento, ma si riferisce alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere. Ne consegue che, questo tipo di impostazione porta all'applicazione dello schema civilistico del contratto di assicurazione della responsabilità civile (alla formula *loss occurrence*, *ex* art. 1917 c.c.). Inoltre, il relativo giudizio di immeritevolezza travolge l'intera clausola denominata "*inizio e termine della garanzia",* ivi compresa la retroattività della polizza ai fatti avvenuti nel periodo antecedente la data di perfezionamento del contratto: la polizza avrà, pertanto, effetto secondo il regime codicistico per il solo periodo di vigenza naturale del contratto assicurativo. Allo stesso tempo, se la richiesta danni ricade all'interno dell'annualità di polizza, il fatto colposo è sempre coperto anche se antecedente la stipula di polizza purché verificatosi entro i precedenti dieci anni. In precedenza, la Corte di Cassazione (sent. 13.2.2015 n. 2872) aveva ribadito il principio secondo cui la clausola cosiddetta «a richiesta fatta» (*claims made*) inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile (in virtù della quale l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato dalle conseguenze dannose dei fatti illeciti da lui commessi anche prima della stipula, se per essi gli sia pervenuta una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato durante il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione) è valida ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. (sulla ammissibilità e liceità della clausola in questione: cfr. Cass., 17 febbraio 2014, n.3622). Sul punto, si rammenta che, a partire dalla sentenza n. 5642 del 15.3.2005, la Corte suprema chiarisce che (il contratto e) la clausola della quale si discute non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 cod. civ., ma costituisce un

assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura). Un punto essenziale della decisione in esame – che ha fortemente condizionato anche la previsione della estensione di operatività assicurativa contenuta nell'art. 11 della legge 24/2017 è quello in cui si afferma che la clausola *claims made* può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza o perché determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Sempre con riferimento alla clausola *claims made*, occorre ricordare che da ultimo la Corte di Cassazione III sezione in data 19 gennaio 2018 ha emesso una

---

contratto atipico, generalmente lecito e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex* art. 1322 cod. civ., giacché, del suindicato art. 1917, l'art. 1932 cod. civ. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) *accaduti durante il tempo dell'assicurazione* di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di "efficacia cronologica" del medesimo. Tra l'altro, si ritiene che la clausola non ponga limitazioni di responsabilità in favore dell'assicuratore, ma definisca l'*oggetto* della copertura assicurativa, stabilendo quali siano i sinistri indennizzabili. In tal senso, la stessa non può in astratto considerarsi vessatoria. In dottrina cfr. S. Monticelli, *La clausola* claims made *tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e responsabilità*, 2013, pp. 701 ss.; P. Gaggero, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile* claims made, in *Contratto e impresa*, 2013, pp. 401 ss.; M. Gazzara, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *I contratti*, n. 10, 2013, pp. 887 ss. Un altro passaggio rilevante nell'evoluzione nel tempo dei contratti assicurativi in materia sanitaria è derivato dall'art. 3, comma 59, della legge 24.12.2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), dove è stabilito che «È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o a enti pubblici e la responsabilità contabile». Tale disposizione che, in un primo tempo, si riteneva dovesse trovare applicazione solo nei confronti degli "amministratori" dell'ente pubblico ha poi trovato ampiamente applicazione nei confronti di tutti i dipendenti dell'ente stesso. Ne consegue che il pagamento da parte di un ente pubblico dei premi assicurativi per polizze stipulate a favore dei dipendenti e amministratori a copertura delle conseguenze derivanti da sentenze di condanna della Corte dei conti, che discendano da illeciti posti in essere dagli stessi nei confronti dell'ente medesimo, costituisce danno per l'erario, in quanto non rispondente ad alcun pubblico interesse. Pertanto, dal 2008 la colpa grave dei dipendenti può essere assicurata solo con polizza separata e distinta il cui premio deve essere pagato direttamente dal dipendente assicurato. Dal 2008, dunque, stante tale disposizione normativa, gli operatori sanitari dipendenti delle aziende ospedaliere hanno dovuto provvedere autonomamente a stipulare una polizza a copertura della colpa grave e, quindi, tale garanzia non può più essere inserita nella polizza assicurativa dell'Ente. In molti casi l'azienda sanitaria stessa consente al proprio assicuratore o al proprio consulente assicurativo di utilizzare il bacino dei propri dipendenti per diffondere questi contratti in forma individuale. A fronte di tale esigenza il mercato assicurativo si è attrezzato diffondendo polizze spesso inadeguate a tutelare il dipendente sanitario in quanto connotate da una qualità generalmente molto, molto, modesta. Sul punto, si v. M. Gariglio, *op. ult. cit.*

ordinanza interlocutoria (n.1465/18) con cui rimette al primo Presidente la sottoposizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione tutta una serie di (fondate) questioni che possono (giustamente) minarne l'operatività sin dal fondamento[20].

Infine, occorre anche evidenziare la situazione particolarmente critica in cui, purtroppo, versa attualmente il mercato assicurativo italiano delle polizze di responsabilità civile sanitaria: una situazione che è andata sempre più peggiorando negli anni[21].

4. I tentativi di riforma. La legge Balduzzi: un'occasione perduta.

Rinviando ogni ulteriore approfondimento alle specifiche parti ad esso dedicate nella presente opera, anche l'art. 3 del d.l. 158/2012 (convertito, con modificazioni, nella legge 189/2012, noto come *decreto Balduzzi*) era stato presentato come uno strumento risolutivo della complessa situazione che attiene al tema della responsabilità professionale in area sanitaria: in realtà, la formulazione normativa adottata dal legislatore ha, di fatto, creato molti problemi interpretativi e perplessità applicative che hanno coinvolto più volte la giurisprudenza di legittimità ed anche la Corte costituzionale.

Per quanto riguarda gli aspetti assicurativi, il secondo comma dell'art. 3, prevedeva una procedura da attivarsi in seno al Ministero della salute (con il coinvolgimento delle Federazioni nazionali rappresentative dei professionisti sanitari,

---

[20] Dopo aver esposto tutta una serie di perplessità la Corte chiede che venga sottoposto alle Sezioni unite la correttezza dei seguenti principi: «*a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione per la responsabilità civile, dall'art. 1917, primo comma, c.c.; b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito*».

[21] Si v. Gariglio, *op. loc. ult. cit.* Oltre ai provvedimenti ivi citati, si rileva che l'IVASS (Istituto di vigilanza sulle assicurazioni) il 18 aprile 2016 ha attivato una indagine sulle coperture assicurative della responsabilità civile medica con periodicità annuale, chiedendo informazioni in merito alle strutture sanitarie pubbliche e private e al personale sanitario. Si è evidenziata la progressiva scomparsa degli assicuratori nazionali e alla concentrazione dell'offerta su singoli operatori comunitari: una scomparsa determinata, si rileva, dall'indeterminatezza dei costi del risarcimento, dovuta essenzialmente alla continua evoluzione giurisprudenziale della materia, anche in ragione della qualificazione "*contrattuale*" della responsabilità, che comporta come sostanziali conseguenze sia l'inversione dell'onere della prova sia l'estensione a dieci anni del termine prescrizionale. Il tutto determina "tensioni" sui prezzi, favorendo il ricorso all'auto-ritenzione del rischio da parte delle aziende pubbliche e private. Soprattutto, si sottolinea la preoccupazione derivante dall'indice di concentrazione dell'offerta rilevato nel segmento delle coperture sottoscritte da strutture sanitarie pubbliche e private, sostanzialmente, su un'unica compagnia assicuratrice straniera.

e delle imprese di assicurazioni) finalizzata a definire con apposita decreto quando una polizza di RC Professionale in ambito sanitario potesse essere qualificata come "*adeguata*".

Il decreto Balduzzi ha introdotto anche una sorta di auto-ritenzione del rischio (volgarmente "*auto-assicurazione*") attraverso la costituzione di un Fondo per i (in favore e con i contributi dei) professionisti sanitari (secondo categorie da definirsi: tendenzialmente orientato a fornire risposta assicurativa alle categorie professionali sanitarie che hanno maggiori difficoltà a reperire una copertura sul mercato tradizionale) il cui sostentamento economico sarebbe fondato sulla partecipazione del mondo assicurativo attraverso una percentuale calcolata sulla base dei premi incassati nello specifico settore della responsabilità professionale sanitaria.

Una architettura piuttosto macchinosa che, proprio in ragione della sua complessità, potrebbe rendere piuttosto difficile la sua concreta attuazione. Essendo l'idea del Fondo ripresa anche dall'attuale legge Gelli (art. 14) si rimanda alla successiva e specifica trattazione, ma rimangono fermi i dubbi esistenti sulla sua prossima realizzazione concreta.

Sotto il profilo della gestione e del monitoraggio dei rischi assicurativi nell'art. 3 *bis* è previsto che le aziende sanitarie curino l'analisi e studino e adottino le soluzioni necessarie e opportune per la gestione di tali rischi, per la prevenzione del contenzioso, nonché per la riduzione degli oneri assicurativi[22].

Infine, si sottolinea che la Legge 4 agosto 2017, n. 124 («*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*»), all'art. 1, comma 26, in merito alla «*Ultrattività della copertura RC professionale*», con riferimento all'articolo 3, comma 5, lettera *e*, della legge Balduzzi, si aggiungono le seguenti parole: «*In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore*

[22] Una norma confusa e foriera di contraddizioni e perplessità. Nella prima parte della disposizione il legislatore fa riferimento alla "*copertura assicurativa*" chiedendo al tavolo tecnico di definire "*i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti*", utilizzando espressamente una terminologia tipica dei c.d. contratti assicurativi, e non si può non evidenziare che la stessa norma indica con chiarezza che il tutto deve essere conforme a determinati criteri e, in particolare, la lettera a) in cui si fa richiamo espresso ad un "*fondo"* che dovrà essere (giustamente) finanziato con dei *"contributi"*. Ma, come se non bastasse, nella successiva lettera c) si torna a far riferimento ad un linguaggio tipicamente dedicato alle polizze assicurative: in cui si parla espressamente di "*contratti di assicurazione"*, di *"premio"* e di *"disdetta della polizza*". Ora delle due l'una: o si deve definire una polizza tipo (con tutto quello che ne consegue) o si fa riferimento ad un fondo costituito con contributi e nel quale valgono regole assolutamente diverse (*rectius*: opposte) rispetto alla disciplina tipica del mercato assicurativo. Senza parlare, poi, di come sono stati definiti i contributi che andrebbero richiesti sia ai professionisti che, soprattutto, alle imprese di assicurazione. Da ciò emergono le evidenziate perplessità che minano profondamente tutto l'impianto proposto.

della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio»[23].

Quanto al citato secondo comma dell'art. 3 del decreto Balduzzi, nonostante gli sforzi compiuti e gli approfondimenti realizzati dalle Federazioni nazionali rappresentative delle professioni sanitarie e dai sindacati (in quanto tenuti dal Ministero in un ruolo secondario e marginale), a tutt'oggi – dopo cinque anni (*sic*!) - la norma è rimasta lettera morta ed ora è stata sostituita dal decreto attuativo di cui all'art. 10, sesto comma, della legge 8.3.2017 n. 24[24].

Per quanto riguarda i criteri da utilizzare ai fini della valutazione del danno risarcibile a seguito di responsabilità sanitaria, nell'art. 3, terzo comma, della legge Balduzzi è stabilito che si passi dalle tabelle di valutazione utilizzate dal Tribunale di Milano a quelle di cui agli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7.9.2005 n. 209 («*Codice delle assicurazioni private*») sulla valutazione del danno biologico sia di non lieve che di lieve entità: lo stesso richiamo e riproposto ora nell'art. 7 della Legge Gelli e si rinvia a quella specifica trattazione: non si può non rilevare che, pur essendo tale richiamo sicuramente interessante, risulta curioso sia stato operato nei confronti di tabelle normative sulle quali grava un dubbio di legittimità costituzionale.

---

[23] In altre parole, «*il legislatore prende atto della diffusione pressoché globale della clausola del* claims made *a tutte le coperture offerte sul mercato, nonché dell'assenza, quasi generalizzata, della clausola che prevede l'ultrattività della copertura ("*garanzia postuma*") o, comunque, della sua insufficiente estensione temporale (in genere per periodo inferiore ai 10 anni, termine di prescrizione previsto per il risarcimento del danno). Come conseguenza si obbligano le imprese di assicurazione ad offrire tale tipo di copertura*». Sorvolando sulla modestia della formulazione normativa e sulla concreta utilità di tali previsioni – posto che in permanenza di obbligo assicurativo non c'è alcuna necessità di richiedere un'ultrattività che non sia agganciata all'evento della cessazione dell'attività per qualsiasi causa – la modifica intervenuta fa "*salva la libertà contrattuale delle parti*" rispetto alla clausola di ultrattività decennale che essa introduce. Un'interpretazione letterale potrebbe portare a sostenere che l'impresa di assicurazione continua a non avere alcun obbligo a contrarre, mentre, analoga libertà è adesso introdotta in capo al professionista limitatamente alla clausola di ultrattività in esame. Pertanto, il professionista ha la "facoltà" di chiedere l'inserimento di tale clausola nelle condizioni generali di assicurazione della responsabilità civile, ove intenda aggiungere questa garanzia a quelle contenute nella copertura assicurativa che ha l'obbligo di stipulare. L'*incipit* della norma in esame – "*in ogni caso*" – deve essere interpretato in modo coerente alla libertà contrattuale riconosciuta al professionista e all'impresa di assicurazione. Essendo riferito alle condizioni generali di assicurazione, esso introduce l'obbligo di inserire anche la clausola di ultrattività tra quelle che le imprese di assicurazione devono predeterminare calcolandone la tariffa secondo basi tecniche prefissate; ferma la libertà contrattuale disposta in capo ad entrambi i contraenti ("*le parti*"), rispettivamente, di chiederla e di concederla. Una ulteriore conferma di questa impostazione può desumersi dalla previsione che applica la norma in esame anche alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore di tale disposizione. Le imprese di assicurazione, infatti, nella citata circolare IVASS, «*propongono la rinegoziazione del contratto* [...] *secondo le nuove condizioni di premio*» soltanto «*a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale*».

[24] Sul punto, si v. quanto esposto con riferimento alla Legge n.ro 3 del 2018.

5. (*Segue*) La legge Gelli: fra apparenza e sostanza.

In più parti della presente trattazione si è avuto modo di esporre quali siano state le principali innovazioni apportate dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 – rubricata («*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*») – nota come *legge Gelli* in ragione del relatore alla Camera dei deputati[25].

Quanto agli aspetti penalistici, si rinvia alle specifiche trattazioni nel presente volume ed anche al particolare rilievo ivi conferito alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali. In particolare, occorre rilevare che con la formulazione prevista dal primo comma dell'art. 5[26] si introduce una forzata burocratizzazione e centralizzazione delle linee guida prevedendo una procedura (complessa ed

[25] Per fronteggiare seriamente il problema della responsabilità professionale in sanità è indispensabile svolgere un'attenta e dettagliata analisi di tutto ciò che accade utilizzando strumenti omogenei e uniformi su tutto il territorio nazionale. In tal senso, il legislatore del 2017 inizia dettando i principi base sulla sicurezza delle cure (art.1) affidando (tramite apposita decretazione ministeriale) l'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e l'istituzione (anche in tal caso, previa apposita decretazione che è stata emanata con DM 29 settembre 2017) dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente (art. 2) che, a loro volta, dovranno comunicare i dati all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità (art. 3). Sul punto, si richiama quanto contenuto nel citato DM. Con riferimento al tema della sicurezza delle cure l'articolo 1 della Legge 24, pubblicata l'otto marzo scorso, fa propri, nella buona sostanza, i suggerimenti contenuti in due atti del Consiglio d'Europa, formulati nel 2009 e nel 2014, aventi ad oggetto la sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria. Si tratta, in realtà, di misure già in parte previste in capo alle strutture sanitarie dalla Legge di stabilità del 2016 ora confermate ed ampliate.

Poiché per effettuare tale indagine ed analisi occorrono tempi abbastanza lunghi, è necessario che le assicurazioni si facciano carico di quanto accade sino a quando lo Stato non sarà in grado – sulla scorta del monitoraggio dei sinistri di cui sopra – di poter adottare concretamente strumenti più sofisticati per fronteggiare il fenomeno: per facilitare questo inserimento degli assicuratori invogliare (visto che non si è stati in grado di creare un tavolo di concertazione: come avvenuto per l'assicurazione obbligatoria dell'auto) il legislatore ha tentato di ridefinire e di coordinare i profili di responsabilità civile, penale e contabile amministrativa creando, di fatto, una sorta di sotto-sistema giuridico.

[26] Con riferimento al rilievo conferito alle raccomandazioni previste dalle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali, l'art. 5 della legge prevede una regola di carattere generale stabilendo che «*Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3*».

Nella individuazione dei soggetti abilitati alla loro emanazione, curiosamente, la norma conferisce una titolarità diretta agli «*enti e istituzioni pubblici e privati*» stabilendo che le società scientifiche (che normalmente dovrebbero essere le principali fonti di linee guida) potranno essere legittimate a produrre linee guida solo se accreditate con specifica procedura dal Ministero della salute e, come se non bastasse, solo dopo il vaglio dell'Istituto Superiore della Sanità.

articolata) finalizzata a consentire solo a determinati soggetti (Ministero e, soprattutto, Istituto Superiore di Sanità) di definire chi è legittimato a realizzare linee guida, in quali forme e modi: il tutto realizzato mediante decreti ministeriali di attuazione. Analizzando i lacci e lacciuoli a cui sono state sottoposte le società scientifiche nella legge (la cui riconoscimento del ruolo di produzione scientifica viene indicata nella legge dopo un "*nonché*") e nel relativo decreto di attuazione, la sensazione che ne emerge è che si intenda creare un sistema di legittimazione apodittica dell'Istituto Superiore di Sanità al controllo sulla scientificità, della adeguatezza e, conseguentemente, della spesa sanitaria: una disciplina che crea moltissime perplessità che rischiano di neutralizzarne l'operatività o di consentirne un utilizzo politicamente strumentale, finalizzato ad inserire una sorta di mansionario per le professioni sanitarie [27].

In questa sede, ci si chiede se questa nuova disciplina determinerà un aumento o una riduzione del contenzioso. Il che significa, per le assicurazioni, comprendere se ci saranno o meno incrementi di costi: soprattutto per quanto concerne le spese di tutela legale[28].

Quanto agli aspetti civilistici, l'art. 7 della legge Gelli in parola, "*tenta*" di condizionare l'azione civile esperibile da parte del danneggiato stabilendo che la

---

[27] Sul punto, si veda il DM 2 agosto 2017: "*Elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie*". In particolare, si noti l'art. 2 in cui – curiosamente - si richiede una particolare percentuale di rappresentatività della categoria (30%) nonché la rappresentatività su dodici regioni. Tutto ciò determina perplessità sia di forma che di contenuto. Di forma: in attesa che vengano emanati i decreti di cui si è fatto cenno cosa accade? Come intendere la primaria rilevanza riconosciuta agli "*enti e istituzioni pubblici e privati*": come se questi avessero particolare rilevanza (e fondamento scientifico) nella definizione delle linee guida? Sul punto, assume particolare rilevanza quanto contenuto nell'ultima parte del primo comma: «*In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali*». Di contenuto: mancano strumenti chiari ed univoci a cui fare riferimento; le linee guida utili sono costose e, conseguentemente, poche e limitate quelle emanate in Italia. Il pericolo è che le norme che danno rilievo alle linee guida (come intese nell'art. 5 della legge) restino lettera morta: si pensi all'art. 6, secondo comma, e all'art. 7, terzo comma. Oppure che la politica se ne appropri al fine di tarare e modulare le proprie esigenze di spesa sanitaria. In altre parole, citando Shakespeare, "*molto rumore per nulla*". Per ulteriori approfondimenti, si richiama quanto esposto in questo volume da Giuseppe Vecchio.

[28] È nota la scarsa applicazione – peraltro, "*a macchia di leopardo*" – della specifica disposizione contenuta nella contrattazione collettiva (art. 25 «*Patrocinio legale*» di cui al CCNL *Dirigenza medica*) e di come, nella prassi, si prediliga la procedura relativa ai casi di "*conflitto di interesse*" di cui al secondo comma della norma riconoscendo, in genere, un rimborso da parte delle aziende veramente basso: una situazione che si dovrà modificazione in considerazione della approvazione della c.d. Legge sull'equo compenso n.ro 148/2017. Per fronteggiare tale situazione, sarà opportuno che il professionista sanitario (dipendente o libero professionista che sia) stipuli una apposita polizza di tutela legale soprattutto per coprire le spese di un eventuale giudizio penale con evidenti ulteriori costi aggiuntivi: anche perché sino a quando non si verifica la costituzione di parte civile (spesso ritardata o esclusa dal danneggiato) non potrà "*aprire il sinistro*" sulla propria polizza di Responsabilità civile professionale e godere della difesa di cui all'art. 1917 cod. civ.

responsabilità nei confronti del medico che "*non ha*" alcun vincolo contrattuale nei confronti del paziente deve essere di natura extracontrattuale; che la responsabilità dell'azienda, pubblica o privata che sia, è (rimane) contrattuale; che, allo stesso modo, è (resta) di tipo contrattuale anche la responsabilità del professionista sanitario che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione (contrattuale) direttamente assunta con il paziente[29].

Esorbitando dalle proprie attribuzioni[30], con la norma in esame il legislatore ha inteso cancellare la quasi ventennale giurisprudenza della Corte di Cassazione che, mutuando una impostazione offerta dalla dottrina tedesca, aveva definitivamente inquadrato la responsabilità del professionista sanitario dipendente nell'alveo della responsabilità contrattuale ricostruendola attraverso il c.d. "*contatto sociale*".

Rinviando agli specifici approfondimenti presenti nel libro, ci si chiede se il "*doppio binario*" di responsabilità – già larvatamente anticipato dall'art. 3 della legge Balduzzi e dalla giurisprudenza di merito – resisterà agli attacchi della giurisprudenza, soprattutto, di legittimità[31]?

In ogni caso, le indicazioni contenute nell'art. 7 sulla natura extracontrattuale dell'azione esperibile dal paziente-danneggiato nei confronti del professionista sanitario non riguardano il rapporto esistente fra quest'ultimo e la struttura sanitaria presso cui svolge la propria attività professionale: la responsabilità del professionista nei confronti della struttura non potrà che essere di natura "*contrattuale*" in considerazione, appunto, del vincolo contrattuale che lega i due soggetti[32].

---

[29] L'intenzione è, evidentemente, quella di favorire il ruolo del professionista sanitario dipendente assoggettandolo ad un'azione di responsabilità extracontrattuale che impone, in capo al danneggiato, un onere della prova molto più rilevante in quanto, per agire nei confronti del professionista deve previamente dimostrare l'esistenza della colpa: sul punto si richiama gli specifici approfondimenti civilistici. Inoltre, la responsabilità extracontrattuale ha un termine prescrizionale molto più breve (cinque anni: art. 2947 cod. civ.) rispetto a quello (ordinario *ex* art. 2946 cod. civ.: dieci anni) previsto per la responsabilità contrattuale: termini che, comunque, decorrono dal momento in cui emerge il danno.

[30] Sul tema risulta ineliminabile una osservazione critica. L'intervento del legislatore appare, a dir poco, irragionevole e autoritativo nel voler imporre la qualificazione giuridica del tipo di azione esperibile da parte del danneggiato a fronte di un determinato fenomeno giuridico: nel rispetto del principio di separazione dei poteri, questa interpretazione, infatti, compete esclusivamente ai giudici; disporre diversamente desta perplessità sotto il profilo del conflitto di attribuzione; un conflitto che non può trovare soluzione nell'indicazione espressa della natura "*imperativa*" della norma inserita.

[31] Oltre a quanto sin qui descritto, l'art. 1, terzo comma, della legge in esame, introduce un elemento che potrebbe supportare la giurisprudenza nel ricondurre anche questo profilo di responsabilità professionale nell'alveo della responsabilità contrattuale fornendo un fondamento normativo all'obbligazione assunta direttamente dal professionista e reperibile nel disposto dell'art. 1, terzo comma, secondo cui «*Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle aziende sanitarie pubbliche è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale*».

[32] Sul punto, si v. Trib. Milano, 23 novembre 2016 (RG 55115/13) in cui – anche con riferimento alle conseguenze sulla legge in esame – chiarisce che il rapporto tra medico e struttura è evidentemente di natura "*contrattuale*".

Allo stesso modo, avrà natura "*contrattuale*" l'azione di risarcimento presentata dal paziente-danneggiato nei confronti del professionista sanitario con cui ha instaurato un rapporto obbligatorio diretto (quindi di natura contrattuale)[33].

Da ultimo, occorre rilevare, con stupore, la totale assenza nella legge in parola di norme finalizzate a definire, in modo autonomo, la responsabilità organizzativa della struttura sanitaria pubblica o privata[34].

Una volta raccolta tutta la documentazione clinica[35], il paziente che si ritenga danneggiato procederà ad una contestazione dei fatti e all'invio di una richiesta di risarcimento alla struttura presso cui si è rivolto e ai professionisti con cui ha avuto contatti i quali, se assicurati, apriranno un sinistro presso il proprio assicuratore.

A questo punto, inizia la trattativa stragiudiziale e le strutture sanitarie (o, se presenti, i loro assicuratori) saranno sottoposti agli obblighi di cui all'art. 13 della legge 24/17 e dovranno comunicare – originariamente entro "*dieci giorni*" in seguito, con la Legge 3/2018 esteso (inutilmente) a "*quarantacinque giorni*" – all'esercente la professione sanitaria l'avvio delle trattative stragiudiziali con il danneggiato, invitandolo a parteciparvi. La norma così conclude: «*L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9*».

Al momento, la prassi adottata dalle strutture sanitarie è quella di comunicare "*sempre*" l'esistenza della trattativa a "*tutti*" i professionisti sanitari, soprattutto nell'ambito pubblico: anche per non incorrere in un'evidente "*colpa grave*" connessa a tale omissione da parte del direttore responsabile. Non solo. Le direzioni delle strutture sanitarie non sono in grado – né in dieci giorni, né in quarantacinque giorni – di avere un quadro chiaro e preciso di quanto accaduto nel sinistro, né avranno fatto effettuare eventuali valutazioni (legali e medico-legali) da parte dei loro uffici competenti. Ne consegue che, analogamente a quanto accade nell'avvio del

---

[33] Il riferimento è rivolto sicuramente ai professionisti che svolgono la loro attività in regime libero professionale o in *extramoenia* ma potrebbe riguardare anche altri professionisti: ad esempio, il medico che lavora in intramoenia o che è convenzionato con il S.S.N. o colui che svolge la funzione di "*tutor*" a favore del malato cronico . Tutte situazioni che, sotto il profilo civilistico ed assicurativo, non sono di poco conto ma si avrà modo di tornare sul punto.

[34] Eppure, nei primi articoli, il legislatore si è particolarmente speso a porre le basi affinché si realizzi in Italia una corretta, completa e omogenea analisi del rischio clinico: ciò nonostante, non ha ritenuto opportuno prevedere un'autonoma fattispecie che, appunto, faccia ricadere direttamente (e autonomamente, rispetto alla responsabilità dei professionisti sanitari) sulla struttura organizzativa le errate scelte strutturali o di organizzazione. In tal senso, ben poteva attingere dalle precedenti esperienze maturate sul punto: in particolare, si pensi al d.d.l. 1067 (Saccomanno) presentato alla Presidenza del Senato il 2.10.2008, il cui art. 2 («*Responsabilità per danni da attività sanitaria*»). Invece, con la legge in esame, si è deciso di incentrare e specificare solo (ed esclusivamente) la responsabilità del professionista sanitario: in altre parole, il sottosistema introdotto con la legge 24/2017 adotta un meccanismo di definizione della responsabilità di tipo "*pan-penalistico*" che, muovendo da criteri (sostanziali e processuali) tipicamente penalistici, finisce per invadere e condizionare anche la responsabilità civile e quella ammnistrativa.

[35] Si v. l'art. 4, secondo comma, della legge Gelli (rubricato: «*Trasparenza dei dati*»).

procedimento penale, questi – per non ricadere nella limitazione sanzionatoria prevista dall'art. 13 ultima parte – inviano la "*comunicazione*" a tutti i professionisti sanitari che, in modo diretto o indiretto, abbiano avuto un rapporto con il paziente-danneggiato in modo da non precludersi gli eventuali diritti successivi[36].

Una cosa è certa: dal momento in cui viene notificata al professionista dipendente la comunicazione della trattativa in corso, questo diviene per lui, a tutti gli effetti, un "*fatto noto*" e dovrà immediatamente aprire il sinistro presso il proprio assicuratore per evitare future contestazioni e reiezioni.

Se il professionista dipendente pubblico ha una mera polizza a copertura della sola "*colpa grave*" contabile-amministrativa, questo non potrà godere di alcuna copertura (né risarcitoria ne relativamente alle spese di difesa), sino al momento in cui si instaurerà il giudizio di "*responsabilità amministrativa*" (*ex* art.9, quinto comma). Se poi avrà stipulato una polizza assicurativa di scarsa qualità (e la sua polizza non prevede la possibilità di apertura del sinistro), non solo si troverà esposto con il proprio patrimonio a qualsiasi conseguenza di un eventuale azione penale o civile, ma in conseguenza della operatività *claims made* della polizza, l'assicuratore che avrà nel momento in cui riceverà l'invito a dedurre da parte della Corte dei Conti a fronte della apertura del sinistro gli potrà eccepire che il fatto contestato è un "*fatto noto*" in quanto oggetto di precedente comunicazione *ex* art. 13 Legge 24/17 e, conseguentemente, escluso dalla copertura assicurativa in corso.

Non solo: se per evitare il formarsi del "*fatto noto*" è necessario aprire il sinistro a fronte di ogni comunicazione ed ogni professionista sanitario riceverà molte comunicazioni *ex* art. 13, tutto questo si riverbererà direttamente sull'ammontare dei futuri premi assicurativi che gli verranno richiesti nonché sulla stessa reperibilità di polizze assicurative in quanto, in genere, limitate (se non del tutto escluse) a chi ha più sinistri aperti.

Ciò premesso, immaginando che la trattativa stragiudiziale non porti ad alcun esito conclusivo, il danneggiato che intenda attivare un'azione civile per ottenere il risarcimento del danno, ora "*dovrebbe*" essere "*obbligato*" ad esperire un tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 8 della legge in esame: una condizione di procedibilità della domanda di risarcimento che si realizza secondo le disposizioni di cui all'art. 696 *bis* cod. proc. civ.[37]. In occasione della discussione al Sentato è stata (nuovamente) aggiunta la possibilità per il danneggiato di attivare (in alternativa al

[36] Per quale ragione si prevede la partecipazione del professionista alle trattative stragiudiziali? Interessa coinvolgerlo solo nella qualificazione sanitaria del fatto o anche nella quantificazione del risarcimento coinvolgendo l'assicurazione personale? In quest'ultimo caso, soprattutto per quanto concerne il professionista dipendente pubblico occorrerà coordinare il tutto con quanto disposto dall'art. 10 della Legge in esame: sul punto si avrà modo di tornare affrontando l'art. 9 della legge.

[37] Si tratta della «*Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*» introdotta col d.l. 35/2005.

tentativo obbligatorio di conciliazione) un procedimento di mediazione[38]: alternativa che, sino ad oggi non ha dato frutti in materia di responsabilità professionale sanitaria.

In ogni caso, pur essendo l'art. 8 in esame rubricato "*Tentativo obbligatorio di conciliazione*", il legislatore si contraddice espressamente in quanto non ha previsto alcuna sanzione nel caso di sua inosservanza[39].

Pur nei limiti indicati, con la disposizione in esame, le imprese di assicurazione saranno obbligate a partecipare[40] e dovranno anche formulare offerte economiche o, altrimenti, motivarne il diniego[41]. Pur essendo chiaro che tale obbligo a partecipare riguarda sia l'assicuratore (se presente) dell'azienda pubblica o privata coinvolta, sia quello del professionista sanitario «*che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*», non è chiaro se al tentativo obbligatorio di conciliazione debba partecipare anche l'assicuratore del professionista sanitario[42] che

---

[38] Nel corso dei lavori parlamentari, in alternativa alla condizione di procedibilità indicata, è stata ripristinata la mediazione all'art. 8, secondo comma: istituto che non ha ottenuto l'effetto deflattivo sperato data la scarsa partecipazione da parte degli assicuratori.

Rinviando agli approfondimenti processual-civilistici presenti nel volume, l'ultimo comma dell'articolo 8, espressamente, prevede un "*obbligo*" di partecipazione "*per tutte le parti*" (compresi, oltre alle aziende anche i professionisti sanitari direttamente o indirettamente coinvolti) nonché per le imprese di assicurazione «*che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla*».

[39] Da un lato, la norma dichiara espressamente che tale disposizione "*costituisce una condizione di procedibilità della domanda di risarcimento*"; dall'altro, in caso di omissione, invece di indicare una sanzione, si prevede: "*Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento*". Ne consegue che, al fine di risparmiare tempo e denaro, si potrebbe ritenere preferibile agire direttamente seguendo le vie ordinarie avanti al giudice civile.

[40] Altrimenti, il giudice le condannerà al pagamento delle spese di consulenza e di lite (anche se non sussisterà alcun danno da risarcire) nonché «*ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione*». Al medesimo trattamento sono assoggettate anche le altre parti che risulteranno latitanti (azienda, professionisti sanitari, ecc.). Tra l'altro, il tentativo obbligatorio di conciliazione consente al danneggiato (o ai suoi eredi) di esperire tale giudizio anche presso il foro in cui si trova la sede legale dell'assicuratore: in questo modo, potranno esercitare i loro diritti in un foro diverso rispetto a quello in cui si è verificato l'evento.

[41] Ben sapendo che, se la sentenza sarà a favore del danneggiato al quale è stata negata una offerta economica, il giudice trasmetterà «*copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza*».

[42] Come si è avuto modo di esporre in precedenza, qualora il professionista sanitario avesse deciso di non partecipare alla trattativa stragiudiziale (se vi è stata) ne verrebbe, comunque, immediatamente informato ai sensi dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 13. Ne consegue che, se, in ogni caso, il professionista (o il suo assicuratore) decidessero di non partecipare alla trattativa stragiudiziale e questa si chiudesse con un esborso di denaro da parte dell'azienda (o del suo assicuratore) a titolo di risarcimento, il successivo art. 9, quarto comma, prevede espressamente che: «*In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa*».

lavora presso una struttura pubblica o privata ma che "*non ha*" rapporti contrattuali con il paziente.

Considerando che l'art. 8 estende l'obbligo di partecipazione alle «*imprese di assicurazioni di cui all'art.10*» e quest'ultimo articolo, al terzo comma, prevede un espresso riferimento alle assicurazioni per i professionisti sanitari dipendenti, la risposta al quesito parrebbe essere positiva. Come detto, il primo comma dell'art. 10 (rubricato «*Obbligo di assicurazione*») evidenzia, innanzitutto, che il legislatore si è fatto carico di coordinare quanto previsto in quest'ultimo testo legislativo con quanto precedentemente disposto dalla legge 114 del 2014: sul punto si veda sopra. Inoltre, si precisa che le aziende devono coprire anche l'attività libero professionale in *intramoenia* e quella esercitata in modo convenzionato con il SSN (che potranno essere interni a contratto o i c.d. medici di base) comprendendo anche la c.d. telemedicina: chiaramente, la copertura deve estendersi anche a tutti i professionisti sanitari con il solo limite del dolo e della colpa grave della relativa rivalsa o responsabilità amministrativa (*ex* art. 9). Sul punto, si v. quanto affermato con riferimento all'art. 9 della legge in esame.

Quanto al secondo e terzo comma, e sul tema dell'obbligatorietà assicurativa, si richiama quanto precedentemente esposto. Il quarto comma della norma in esame sottolinea un'esigenza di trasparenza sul tema assicurazione per quanto concerne le strutture pubbliche e private. Infine, i successivi quinto e sesto comma dettano regole di vigilanza specifica da parte dell'Istituto di Vigilanza delle Assicurazioni (IVASS) e riprende il tema – già affrontato con la legge Balduzzi all'art. 3, secondo comma (si veda sopra nel punto in cui si è trattato della obbligatorietà) – della individuazione del requisito della "*adeguatezza*" della polizza standard in materia di responsabilità civile professionale in ambito sanitario. Sul punto si v. nuovamente quanto affermato con riferimento all'art. 9 della legge. L'ultimo comma dell'art. 10 prevede l'individuazione con apposito decreto dei «*dati relativi alle polizze di assicurazione stipulate ai sensi dei commi 1 e 2, e alle altre analoghe misure adottate ai sensi dei commi 1 e 6*», le modalità di comunicazione di questi all'Osservatorio di cui all'art. 3 e le modalità di accesso a tali informazioni.

L'art. 10, terzo comma, prevede: «*3. Al fine di garantire efficacia alle azioni di cui all'articolo 9 e all'articolo 12, comma 3, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave*». Se quanto affermato corrisponde al vero – unito a quanto si avrà modo di esporre con riferimento all'art. 9 – il professionista in parola non solo avrà aperto un sinistro presso la propria assicurazione ma avrà necessità anche di essere difeso nel giudizio e di far partecipare anche la propria assicurazione: se si pensa che oggi la maggior parte di questi professionisti hanno una copertura limitata al solo giudizio di responsabilità amministrativa (la c.d. polizza di "*colpa grave*"), risultano di tutta evidenza gli incrementi di costi a cui dovranno andare incontro le imprese di assicurazione che saranno coinvolte direttamente, personalmente e obbligatoriamente, già nell'accertamento tecnico preventivo.

Chiaramente, il problema si pone solo nel caso in cui la polizza assicurativa sottoscritta dal professionista dipendente sia operativa anche nel caso di giudizio avanti al Tribunale civile (cioè non sia una mera polizza per la copertura della sola responsabilità amministrativa). Altrimenti, al tentativo obbligatorio di conciliazione parteciperà anche il professionista sanitario che non ha avuto rapporti contrattuali con il paziente con le proprie risorse economiche e senza alcun supporto assicurativo. Il tutto, nei limiti dell'indicato art. 24 CCNL Dirigenza medica: si v. *supra*. Sul punto, si richiama quanto si esporrà successivamente con riferimento all'art. 10, primo comma, seconda parte della legge 24/2017.

La condizione di procedibilità in esame crea alcune perplessità in quanto, come anticipato, non esistono più coperture assicurative adottate da strutture sanitarie che non prevedano franchigie (in genere molto elevate)[43].

Tutte queste complicazioni di costi, per quanto concerne il danneggiato, e di procedure e di costi, per quanto concerne la struttura e il suo assicuratore, potrebbero essere ragione per ostacolare l'utilizzo della condizione di procedibilità[44]. Ma, come accennato, lo stesso art. 8 contiene in se la via per evitare di dover affrontare questa anticipazione del giudizio ed andare direttamente al processo di merito.

Qualunque sia la condizione di procedibilità prescelta (o evitata) dal danneggiato, se questa non porta risultati, non si vedono ragioni per cui lo stesso debba escludere la chiamata nel successivo giudizio di (tutti i) professionisti sanitari già coinvolti nell'accertamento tecnico preventivo o nella mediazione. E, in ogni caso, qualora il danneggiato decida di non coinvolgere i professionisti sanitari, nulla impedisce che sia la struttura (privata o pubblica[45]) a citarli nel giudizio civile rispetto alla richiesta ricevuta dal danneggiato (o, magari, autonomamente): chiaramente, in tal caso, sulla base del vincolo "*contrattuale*" che sussiste fra loro. Un diritto che la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto anche alle strutture sanitarie pubbliche, le quali possono legittimamente agire civilmente nei confronti dei loro dipendenti chiamandoli nel giudizio civile di risarcimento del danno[46].

Il tema è di particolare rilievo anche sotto il profilo assicurativo soprattutto con riferimento, da un lato, al fatto che la chiamata in causa da parte della struttura sanitaria di appartenenza è di tipo contrattuale, con conseguente prescrizione della relativa azione in dieci anni dal momento dell'emergenza del danno; dall'altro, tale impostazione conferma ulteriormente, con assoluta evidenza, che le mere polizze assicurative a copertura della sola responsabilità amministrativa-contabile (c.d. per

[43] Ai fini della determinazione della sussistenza del danno, le procedure interne alle strutture sanitarie (i c.d. comitati di valutazioni sinistri) hanno tempi di analisi tali da non consentire una completa e totale definizione del sinistro nei tempi ristretti previsti dall'art. 8 (in sei mesi), il che non consentirà all'assicuratore (che gestisce la franchigia e/o la SIR) di effettuare una valutazione e quantificazione precisa nei termini del danno oggetto dell'accertamento. Ne consegue che: o l'assicuratore non presenta alcuna quantificazione, giustificando il diniego sull'impossibilità determinata dalla sua cliente (la struttura) a fornire le indicazioni necessarie; oppure, si esporrà in una quantificazione sommaria e, in caso di errore, si dovrà poi eventualmente rivalere sulla struttura stessa, sua cliente.

[44] In tale prospettiva, ci si chiede se l'inserimento di questi nuovi ed ingenti costi di difesa in capo al paziente non possano indurre a procedere, innanzitutto, penalmente: in questo modo, da un lato, si pongono le basi per collocare una "*spada di Damocle*" sulla trattativa risarcitoria stragiudiziale; dall'altro, si scarica ogni costo di accertamento direttamente sulla pubblica amministrazione, i cui risultati potranno essere utilizzati successivamente, e se necessario, in sede civile.

[45] Si v. quanto si avrà modo di esporre con riferimento all'art. 9 della Legge 24/17.

[46] Con riferimento alla struttura pubblica, si veda quanto espresso nella nota sentenza delle della Corte di Cassazione a Sezioni unite civili del 18.12.2014, n. 26659. Ma di ciò oltre.

"*colpa grave*") sono assolutamente insufficienti per coloro che svolgono la loro attività professionale come dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale[47].

Prima di analizzare cosa accade una volta concluso il giudizio civile promosso dal danneggiato, occorre soffermare brevemente l'attenzione su quanto previsto dall'art. 15 in merito alla «*Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria*»[48] in cui si prevede che, nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, 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*»[49].

Normalmente, gli specialisti che hanno «*specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento*» sono professionisti sanitari che raramente svolgono attività consulenziali o peritali in giudizio, in quanto assorbiti dalla loro capacità professionale e, conseguentemente, non si iscrivono agli specifici albi presso i Tribunali: si teme, allora, che la precisazione di cui all'ultima parte dell'art. 15 possa limitare il loro coinvolgimento (che sicuramente non hanno quel tipo specifico di formazione) e che, alla fine, i giudici tendano a rivolgersi ai "*soliti noti*".

Nel caso in cui il giudizio instaurato dal danneggiato si concluda con la condanna al risarcimento[50], occorre distinguere a seconda della natura pubblica o

---

[47] Sul punto si rinvia alla successiva analisi dell'art. 9 della legge 24/2017.

[48] Su questa norma si sono concentrati molti esponenti del mondo sindacale e scientifico in quanto – giustamente – ritenuta centrale nell'individuazione di soluzioni alla "*patologia*" che caratterizza il fenomeno della responsabilità professionale sanitaria: la scarsa qualità delle consulenze tecniche e la difficoltà a far entrare nelle aule giudiziarie la scienza specialistica di riferimento nel caso oggetto di giudizio. In altre parole: nei tribunali italiani molto spesso vengono utilizzati consulenti e periti "*noti*" nelle aule giudiziarie e assolutamente "*ignoti*" nelle aule scientifiche.

[49] Inoltre, si è precisato che la nomina deve avvenire fra soggetti «*scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3*» ed inoltre che «*i consulenti tecnici d'ufficio da nominare nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 8, comma 1, siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi*» e alcune precisazioni di carattere economico.

Sotto il profilo terminologico, occorre rilevare che "*specializzato*" e "*specialista*" non sono sinonimi: il primo è chi ha esperienza, pratica e competenza in medicina legale; il secondo si limita a chi ha conseguito il diploma in medicina legale. Sul punto, occorre ricordare il richiamato art. 67 delle disposizioni di attuazione del cod.proc.pen. parla di "*esperti in medicina legale*" e consente al giudice di nominare (motivando) anche un esperto non iscritto negli appositi albi. Allo stesso modo, l'art. 61 cod. proc. civ. si riferisce ai "*consulenti di particolare competenza tecnica*". Sul punto, si è espresso il CSM con ordine del giorno 2932 del 25 ottobre 2017 ha deliberato come intende procedere alla revisione degli albi dei consulenti tecnici e dei periti presso i Tribunali: delibera che ha destato non poche perplessità in merito, soprattutto, al mancato coinvolgimento delle società scientifiche dispecialità (già coinvolta in merito alla burocratizzazione delle linee guida: vedi supra). Si v. quanto sostenuto dal Tesoriere della Federazione Italiana delle Società medico-Scientifiche Dott. Matteo Piovella su http://www.quotidianosanita.it.

[50] Si è detto che molto spesso le azioni giudiziarie (soprattutto penali) si concludono in un nulla di fatto, eppure il legislatore non ha previsto nessuna specifica disciplina per i casi di azioni

privata della struttura condannata; della presenza o meno di una impresa di assicurazione; dalla partecipazione o meno da parte del professionista sanitario (che non ha rapporti contrattuali diretti nei confronti del danneggiato).

Con riferimento alla quantificazione del danno, il quarto comma dell'art. 7 richiama espressamente le tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del già citato d.lgs. 209/2005 («*Codice delle assicurazioni private*») da ultimo riformulati dalla Legge 4 agosto 2017, n.124 («*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*»)[51].

Questo è un aspetto potenzialmente rilevante sotto il profilo assicurativo: l'adozione delle tabelle previste per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli, determinerà una fortissima riduzione dell'entità dei risarcimenti[52].

Ferma restando la giurisdizione riconosciuta alla Corte dei conti in materia contabile[53], il primo tema riguarda l'ambito di applicazione dei primi quattro commi

---

giudiziarie oggettivamente infondate. Non ha inserito nessuna norma finalizzata a punire le consulenze o perizie infedeli.

[51] Il tema delle tabelle di riferimento nella liquidazione del danno è aperto da anni e, al momento, senza una soluzione unitaria. Sul punto occorre rilevare i richiamati artt. 138 («*Danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità*») e 139 («*Danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità*») del codice delle assicurazioni (d.lgs. 209/2005) sono stati ridisegnati dalla citata Legge 124/2017, al fine di uniformare – con chiarezza e, possibilmente, ponderazione – il tema dell'entità dei risarcimenti, fino a oggi sostanzialmente affidato alle c.d. tabelle milanesi.

[52] Il tutto ad evidente vantaggio delle imprese di assicurazioni che, tra l'altro, sulle polizze auto (che valgono circa il 50% del mercato assicurativo nazionale) producono utili molto, molto, rilevanti. Questa disposizione dovrà armonizzarsi – oltre che con le altre disposizioni in via di emanazione in materia (oltre al disegno di legge su citato, occorre menzionare anche il d.d.l. 1063-A rubricato «*Modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale*») – anche con quanto previsto dal terzo comma, seconda parte, dell'art. 7 della legge in esame: una disposizione che potrebbe lasciare (nuovamente) spazio a differenti orientamenti giurisprudenziali. Sul punto si richiamano gli specifici approfondimenti presenti.

[53] Rinviando alle parti del presente volume dedicate alla responsabilità amministrativa, con riferimento all'obbligo di comunicazione alla Procura della Corte dei conti dei fatti dannosi da parte delle Direzioni Generali delle strutture sanitarie (o organi di controllo) si v. art. 1, comma 3, l. 20/1994 ed *ex* art. 52, d.lgs. 174/2016. Sulla giurisdizione della Corte dei conti, così si è pronunciata la Corte Costituzionale con le sentenze: nn. 773/1988, 272/2007, 46/2008: "*la giurisdizione contabile della Corte dei conti può ritenersi operante in via tendenzialmente generale, ma la sua portata espansiva incontra il limite funzionale della* interpositio *del legislatore, in quanto le questioni sul riparto della giurisdizione coinvolgono scelte in ordine a diversi regimi della responsabilità e del giudizio. L'esigenza di apposite previsioni legislative discende dal fatto che la materia della contabilità pubblica, di per sé suscettibile di evoluzione, non è definibile oggettivamente e risente dei fattori che possono determinare le valutazioni del legislatore"*. Sul principio della Corte dei conti quale "*giudice naturale precostituito per legge*" si v. Corte Cost n.ro 641/1987: "*La Corte dei conti non può considerarsi il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici*". Sul punto si veda V. Cerulli Irelli, *Sull'azione di responsabilità per danni erariali davanti alla Corte dei conti,* in www.italiachedecide.it: "*D'altra parte, codesto carattere, pur affermato ripetutamente dalla Corte dei conti (...), trova smentite nella stessa giurisprudenza, non solo della Corte dei conti; laddove in qualche caso sanziona il comportamento di amministratori che non hanno agito in sede civile a tutela delle ragioni dell'ente*

dell'art. 9 della legge in esame («*Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*»): norma in cui il legislatore fa espresso riferimento, in modo a-tecnico, all'azione di "*rivalsa*"[54].

In particolare, ci si chiede se le disposizioni contenuti nei primi quattro commi siano riferite esclusivamente alle strutture private o se possano essere estese anche alle strutture sanitarie pubbliche[55].

(v., Cass., S.U., 22.7.2004 n. 13702); e che comunque ritiene pacifica l'ammissibilità dell'esercizio da parte degli enti danneggiati, dell'azione civile in sede penale nei confronti di amministratori ed agenti, laddove il fatto di reato è quello produttivo del danno (v. Corte conti, II, 1.6.1987, n. 99; Sez. riun., 3.6.1987, n. 544; Corte cost., n. 773/88; C. conti, sez. II giur. centr. app., 18-11-2010, n. 472/A.)". Si veda, Ilelli (op.cit., p. 9 e s): "(…)*, il carattere sanzionatorio dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, pur con le particolarità che si sono indicate, consente di giustificare la proclamata autonomia delle due azioni: quella di responsabilità civile, in sede civile o in sede penale, tendente al risarcimento del danno subito, e quella di responsabilità amministrativa, finalizzata a sanzionare il comportamento illecito dell'agente infliggendogli una sanzione pecuniaria solo tendenzialmente correlata al danno prodotto"*.

Quindi, rileva giustamente l'Autore, i punti salienti del rapporto fra le due azioni: l'esercizio di una azione non preclude l'esercizio dell'altra (v. ad es., C. conti, sez. I giur. centr. app., 22.2.2008, n. 97/A; Corte conti, I, 14.12.2000 n. 331; I, 15.3.1993 n. 26; II, 10.6.1996 n. 28); l'accertamento del fatto dannoso in sede civile o penale, o della sua insussistenza, non preclude l'autonomo accertamento del fatto stesso da parte della Corte dei conti: la quale, com'è noto, dispone tra l'altro, di mezzi di cognizione diversi e ulteriori; è esclusa la sospensione necessaria del processo, ai sensi dell'art. 295, cod. proc. civ. (v. C. conti, sez. riun. giur. [ord.], 17.7.2013, n. 2; Corte conti, Sez. Riun., 29.10.1986 n. 516); e, infine conclude affermando che "*la soddisfazione del danno erariale per effetto di sentenza civile di condanna comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio contabile*": si v. Corte conti, II, n. 256/1993, cit.; Corte conti, I, 23.9.1992, n. 200, che tuttavia afferma che "*anche ove il giudice ordinario abbia definito la liquidazione del danno, nulla vieta una pronuncia del giudice contabile sul* quantum debeatur *se l'intero credito erariale, per cui è azione del Procuratore, non sia stato interamente soddisfatto nella previa sede civile*".

[54] Il termine "*rivalsa*" viene qui utilizzato dal legislatore: derivando dall'espressione latina (ri)valere, con essa si intende fare riferimento all'intenzione di dimostrare in una nuova, e diversa, occasione le proprie capacità (far prevalere il proprio valore); nel linguaggio comune viene utilizzata come un blando e limitato sinonimo del termine "*vendetta*" mentre nel linguaggio tecnico giuridico è previsto nei contratti assicurativi e nel diritto tributario.

[55] L'art. 9, primo comma, dispone che "*L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave*"; il secondo comma prevede: "*Se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento*"; il successivo terzo comma, statuisce che "*La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio*"; infine, il quarto comma dispone che "*In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa*".

Considerando la rubrica della norma e l'uso della disgiuntiva "*o*", si potrebbe *prima facie* affermare che il legislatore ha inteso contrapporre l'azione di rivalsa (in sede civile) dall'azione per responsabilità amministrativa (in sede contabile). Allo stesso tempo, però, quando il legislatore ha

Sul punto è difficile prendere una posizione univoca.

L'art. 9, al settimo comma, prevede - sotto il profilo processuale – che il giudice contabile può desumere "*argomenti di prova"* dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura pubblica, solo in quanto il convenuto nell'azione di responsabilità amministrativa "*vi abbia preso parte*". Nel consegue che, pur essendo indiscutibile la completa autonomia di giudizio da parte del giudice contabile, da un lato, non potrà trarre dal precedente giudizio civile alcun elemento probatorio se il dipendente non è stato parte del giudizio stesso[56]; dall'altro, la stessa norma espressamente contempla la possibilità che il dipendente (pubblico) possa essere "*parte*" in causa nel giudizio (civile o penale) instaurato dal paziente-danneggiato, nei confronti della struttura sanitaria (pubblica) o della impresa di assicurazione[57].

Sotto questo aspetto non si può non richiamare quanto sostenuto da parte della dottrina[58] e della giurisprudenza contabile.

Da un lato, si afferma che, una volta condannato il dipendente, l'Ente di appartenenza si attiverà segnalando il danno alla Corte dei Conti ovvero agendo cumulativamente ma nei limiti del *ne bis in idem*, in rivalsa verso il dipendente in sede civile. Dall'altro, si sostiene: «*va poi ricordato che in caso di danni arrecati all'amministrazione sanitaria da un proprio dipendente, nonostante qualche avversa pronuncia di legittimità tendente a riconoscere una giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, l'ente danneggiato potrebbe recuperare il risarcimento anche attraverso una normale azione civile di rivalsa (contrattuale) innanzi al giudice ordinario, come conferma l'art. 9, commi 1-3, l. n. 24, a nostro avviso norma di portata generale, applicabile anche per danni arrecati a soggetti pubblici (e parimenti può fare l'assicuratore dell'Azienda con azione di regresso ex art. 1916*

---

voluto distinguere le strutture sanitarie private da quelle pubbliche lo ha fatto espressamente. Si vedano il quinto comma, in cui si rivolge per le strutture pubbliche; il sesto comma, per quelle private o il settimo comma in cui espressamente richiama sia le strutture pubbliche che quelle private. Ne consegue che, la mancanza della specificazione in questi primi quattro commi potrebbe essere intesa come riferita all'azione di rivalsa esperita da qualsiasi tipo di struttura (pubblica o privata che sia) e nei confronti di qualsiasi tipo di professionista sanitario, disciplinando tutti i casi in cui la struttura sanitaria (qualunque sia) intenda rivalersi (cioè trovare un risarcimento) di una spesa o di una perdita.

[56] V. da ultimo Corte dei conti, sez. giurisdiz. Lombardia, sent. n. 35/2018.

[57] L'art. 9, settimo comma, prevede: «*Nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte*».

Chiaramente, tale disposizione deve essere coordinata con il terzo e quarto comma dell'art. 9 su citati secondo cui: «*La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio*» e che «*In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa*».

[58] V. Tenore, *L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei conti*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di Gelli-Hazan-Zorzit, Milano Giuffré 2017.

c.c., richiamato dall'art. 9, comma 6, l. n. 24): *in tale evenienza non si pone alcuna interferenza (né pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.) tra il giudizio sull'illecito amministrativo-contabile (art. 9, comma 5, l. n. 24) e quello sull'illecito civile (art. 9, commi 1-3), con l'unico limite del divieto di doppia condanna del dipendente, in sede contabile e civile, per lo stesso fatto e con eventuale effetto decurtante sulla pretesa della Procura contabile derivante dal parziale recupero intervenuto in sede civile (e viceversa) o in sede transattiva*»[59].

Se questa ricostruzione, che ha ricevuto un implicito riconoscimento anche di carattere politico[60] dovesse trovare conferma ed eco nella giurisprudenza contabile, sono evidenti le perplessità che ne derivano anche sotto il profilo assicurativo in quanto, il professionista sanitario dipendente (pubblico) dovrebbe munirsi di una polizza assicurativa che, innanzitutto, preveda in generale come "*sinistro*" anche la notifica dell'inizio delle trattative stragiudiziali *ex* art. 13 Legge 24/17.

Inoltre, sotto il profilo "*penalistico*", la polizza stipulata dovrà coprire il risarcimento del danno conseguente alla costituzione di parte civile nel processo penale: costituzione che potrà essere realizzata sia da parte del danneggiato che della stessa Struttura sanitaria presso cui lavora;

Sotto il profilo "*civilistico*" , la polizza stipulata dovrà coprire il risarcimento del danno conseguente:

- alla partecipazione all'accertamento tecnico preventivo (o alla mediazione) *ex* art. 8 Legge 24/17;
- al giudizio instaurato dal paziente-danneggiato (per responsabilità extracontrattuale: art. 7);
- alla citazione civile ricevuta dalla struttura sanitaria presso cui svolge la propria attività professionale - "*a manleva*" e per responsabilità contrattuale – a fronte della richiesta di risarcimento da quest'ultima ricevuta dal paziente-danneggiato[61]; o alla citazione civile ricevuta

---

[59] Così V. Tenore, *op.cit.*, in particolare, pag. 481 e la giurisprudenza citata alla nota 35.

[60] La peculiarità sta nel fatto che questa impostazione è stata accolta (e, se vogliamo, ufficializzata e legittimata) nel libro uscito sotto la cura (e, quindi, la condivisione) del relatore alla Camera della iniziativa legislativa in esame: On. Federico Gelli.

[61] La Corte suprema a Sezioni unite civili ha espressamente affermato che «*costituisce* ius receptum *che giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale. L'eventuale interferenza, che può determinarsi tra i giudizi, pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione davanti alla Corte dei conti (nonché di eventuale osservanza del principio* ne bis in idem*), senza dar luogo a questione di giurisdizione*»: Così anche Sezioni unite 23.11.2013, n. 26582, Sezioni unite 4.1.2012, n. 11, Sezioni unite 4.12.2009 n. 25495. Il principio di autonomia e di non coincidenza delle due giurisdizioni (ordinaria e contabile) trova ulteriore conferma nell'art. 7 della legge 97/2001, nell'art. 17, comma 30 *ter*, della legge 103/2009. Si v. anche Sezioni unite 10.09.2013, n. 20701. Sulla possibilità di chiamare in manleva il professionista sanitario dipendente da parte della struttura pubblica, si v. Tribunale di Milano sentenza n.ro 6919 del 2017. Inoltre, la Corte precisa: «*L'azione di responsabilità contabile nei confronti dei sanitari dipendenti di una azienda sanitaria non è sostitutiva delle ordinarie azioni civilistiche di responsabilità nei rapporti tra amministrazione e soggetti danneggiati, sicché,*

sempre dalla struttura sanitaria *ex* art. 9, secondo comma: nel caso del dipendente pubblico, tale ipotesi sarebbe legittimata dalla citata teoria del c.d. doppio binario civile-contabile[62];

Infine, sempre nel caso del dipendente pubblico, sotto il profilo "*contabile-amministrativo*", la polizza dovrà essere estesa anche alla copertura delle conseguenze risarcitorie nel caso in cui sia sottoposto ad azione per responsabilità amministrativa avanti alla Corte dei conti.

Alla luce di quanto esposto relativamente ai potenziali profili di rischio a cui sono sottoposti i professionisti sanitari dipendenti pubblici e privati, occorre dare concreto ed effettivo contenuto al disposto di cui all'art.10, terzo comma, della Legge 24/17 secondo cui "*Al fine di garantire efficacia alle azioni di cui all'articolo 9 e all'articolo 12, comma 3, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave*".

Ferma a necessità dell'elemento soggettivo del dolo o della "*colpa grave*" per esperire l'azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa nei confronti del professionista sanitario – nel momento in cui la norma richiede che quest'ultimo abbia "*un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave*" intende una polizza assicurativa che lo copra sia per l'azione di responsabilità amministrativa avanti alla Corte dei conti, sia per l'azione civile avanti al Tribunale ordinario o per le conseguenze civili derivanti dal processo penale.

Tornando alla lettura della norma, il successivo art. 9 quinto comma specifica e disciplina l'azione di responsabilità amministrativa avanti alla Corte dei conti[63], mentre il sesto comma regolamenta l'azione di rivalsa da parte delle strutture sanitarie private. Entrambe le norme prevedono una limitazione alla condanna per responsabilità amministrativa e alla misura della rivalsa stabilendo che non possono superare una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda (e/o del reddito

---

quando sia proposta da una azienda sanitaria domanda di manleva nei confronti dei propri medici, non sorge una questione di riparto tra giudice ordinario e contabile, attesa l'autonomia e non coincidenza delle due giurisdizioni». Ne consegue che non solo le strutture private ma anche quelle pubbliche potranno (continuare a) chiamare in causa il professionista sanitario con cui hanno un vincolo contrattuale (di qualsiasi tipo e natura) a "*manleva*" nel giudizio di richiesta di risarcimento del danno avanzato dal danneggiato. In tal caso, il termine prescrizionale torna ad essere decennale considerando che il professionista ha (solo) un vincolo contrattuale con la propria struttura sanitaria?

[62] Così V. Tenore, *op.ult.cit.*.

[63] Nello stesso senso, la norma continua richiamando espressamente il c.d. "*potere riduttivo*" riconosciuto dalla Corte dei conti. In tal senso, si v. l'art. 1, primo comma, bis della l. 20/1994 («*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*»); e l'art. 52 del T.U. delle leggi sulla Corte dei conti. Il quinto comma dell'art. 9 conclude prevedendo una sanzione interdittiva rispetto alla possibilità per il professionista sanitario condannato ad assumere incarichi superiori.

professionale) «*conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo*»[64].

Questa norma ha destato non poche perplessità sotto il profilo della sua legittimità costituzionale [65]. Occorre, peraltro, evidenziare che tale importo opererebbe come tetto del risarcimento «*per singolo evento*»: ne consegue che se si verificano più eventi dannosi, il professionista potrebbe essere condannato ad importi di gran lunga superiori. Inoltre, risulterebbe limitata ai soli casi di "*colpa grave*", escludendo quelli connotati da dolo. Quanto alle strutture private, questa limitazione riguarda solo i professionisti sanitari che "*non*" hanno un rapporto contrattuale con il danneggiato[66].

Sia nella disciplina della responsabilità amministrativa (quinto comma) che nella rivalsa delle strutture private (sesto comma), si fa riferimento all'azione di surrogazione da parte della compagnia di assicurazioni *ex* art. 1916 cod. civ.

Rinviando agli specifici approfondimenti presenti, si possono prospettare alcuni casi di garanzia assicurativa della responsabilità civile delle strutture sanitarie e/o dei medici, con le conseguenti ricadute sugli scenari dell'azione di rivalsa e dell'azione di surrogazione. Si pensi al caso di medici dipendenti di strutture sanitarie, pubbliche o private, e liberi professionisti che effettuano prestazioni all'interno di enti, od operano in regime di convenzionamento.

Qualora vi sia una polizza di assicurazioni che la struttura sanitaria, pubblica o privata, ha stipulato autonomamente per coprire la propria responsabilità civile – ivi compresa quella per l'attività dei medici dipendenti, convenzionati o che collaborano con l'ente in determinate prestazioni – la situazione si può ricondurre nell'alveo del paradigma relativo all'assicurazione di responsabilità civile stipulata in nome proprio ma per conto di chi spetta: in cui ad essere assicurato è direttamente l'ente (non il professionista sanitario), con conseguente possibilità per l'assicuratore – che in

---

[64] Sul punto, è interessante richiamare quanto previsto dalla l. 117/1988 (come riformulata nel 2015) sulla responsabilità civile dei magistrati in cui all'art. 8 («*Competenza per l'azione di rivalsa e misura della rivalsa*»), al terzo comma. Le differenze di trattamento sono di tutta evidenza e difficilmente spiegabili considerando la rilevanza sociale e costituzionale del bene giuridico "*giustizia*" rispetto al bene "*salute*".

[65] Con riferimento all'art. 24 Cost. secondo cui «*Tutti* [compresa, quindi, la struttura sanitaria o socio sanitaria pubblica o privata] *possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*», dovendosi intendere tale garanzia in termini di pienezza della tutela, senza eccezionali limitazioni, nonché all'art. 3 Cost., in considerazione dell'ingiustificata sottrazione, da parte del legislatore, di alcuni beni alla garanzia patrimoniale generale. In ogni caso, se letteralmente applicata, determinerebbe un vero e proprio "*monstrum*" sotto il profilo dell'importo prospettato: una situazione risolta con la modificazione apportata dall'art. 11 della Legge n.ro 3 del 2018 in cui il quinto comma (ed anche il sesto comma) dell'art. 9, le espressioni «*per il triplo*» sono state sostituite con «*pari al triplo del valore maggiore* (…)».

[66] Infatti, così prevede l'ultima parte del sesto comma dell'art. 9 conclude affermando che tutto questo non vale nei confronti dei professionisti sanitari liberi professionisti o di coloro che hanno un rapporto contrattuale diretto con il danneggiato: «*Il limite della misura della rivalsa, di cui al periodo precedente, non si applica nei confronti degli esercenti la professione sanitaria di cui all'articolo 10, comma 2*».

concreto abbia corrisposto al danneggiato il risarcimento del danno – di surrogarsi *ex* art. 1916 cod. civ. nei diritti dell'assicurato (l'ente) verso il medico-danneggiante. Chiaramente, in considerazione di quanto precedentemente esposto, il tutto nel limite di quanto effettivamente risarcito e solo nel caso in cui la condotta tenuta dal professionista sanitario sia connotata da dolo o colpa grave.

Ciò premesso, qualora si tratti di una struttura pubblica e di un professionista sanitario dipendente, ci si chiede se l'azione di surrogazione esercitabile dalla compagnia di assicurazione debba ricadere sotto la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti: esattamente come accade per l'azione di responsabilità amministrativa. Sul punto vi sono pareri diametralmente divergenti[67].

In definitiva, rimane in tutta la sua interezza e incertezza la questione circa la concreta possibilità per l'impresa assicuratrice della struttura pubblica di poter agire in via di surrogazione davanti al giudice ordinario nei confronti del medico dipendente responsabile di una condotta dolosa o gravemente colposa.

Diverso è il caso in cui la polizza di assicurazione della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria sia sottoscritta dalla struttura sanitaria direttamente a favore di quest'ultimo: in tal caso, anche se il contraente è l'ente, la fattispecie è riconducibile nella disciplina del contratto (di assicurazione) a favore del terzo, in cui l'assicurato è direttamente l'esercente, senza che quindi si possa esperire nei suoi confronti alcuna azione di surrogazione.

6. (*Segue*) Le conseguenze assicurative.

[67] Secondo un indirizzo che parrebbe maggioritario, anche tale azione ricadrebbe sotto la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti: cfr. M. Rossetti, *Attività medica e assicurazione della responsabilità civile,* in *Assicurazioni*, 1999, I, 446; M. Bona, *L'assicurazione della r.c. sanitaria: modelli di copertura*, in G. Corso - E. Balboni (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 76; Cass. Civ., Sezioni unite, 4.12.2001, n. 12588; Corte conti sez. III app., sent. 26.3.2007, n. 73; Corte conti Umbria sez. giur., 20.12.2006, n. 405. Secondo altri, l'impossibilità per una compagnia di assicurazione privata di surrogarsi nel diritto di rivalsa erariale discenderebbe dalla natura pubblica dell'azione. Tuttavia, si sostiene, che una limitazione di questo genere, dal punto di vista sostanziale, non sembrerebbe sorretta né giustificata da alcuna esigenza di effettiva tutela dell'erario, che non subirebbe alcun pregiudizio, in virtù proprio del pagamento effettuato dall'assicuratore privato. Cfr. M. Hazan - D. Zorzit, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 214. In tale ipotesi, a ben vedere, il danno erariale si potrebbe rilevare nell'eventuale aumento del premio assicurativo che potrebbe comportare il pagamento del risarcimento ad opera dell'assicuratore dell'ente. Così come il danno erariale potrebbe, altresì, ravvisarsi nel danno d'immagine o reputazionale che l'ente potrebbe subire in ragione del danno stesso e della sua pubblicità sugli organi di informazione.

Richiamando quanto sopra esposto con riferimento all'orientamento della Corte Suprema che, a Sezioni unite, ha sancito l'autonomia esistente fra giudizio civile e quello amministrativo, ben potrebbe ammettersi, allora, la surrogazione dell'assicuratore privato (che abbia pagato il terzo danneggiato) che avrebbe così modo di far valere il diritto *ex* art. 1916 cod. civ. in via ordinaria davanti al giudice civile. Cfr. Hazan - Zorzit, *op. cit.*, p. 216.

Preliminarmente, occorre evidenziare come questa legge preveda solo degli (pseudo-) obblighi di sottoscrivere polizze assicurative. In tal senso, il primo comma dell'art. 10 richiama quanto già disposto dall'art. 27, comma primo *bis*, della legge n. 114 del 2014 (si veda *infra*) legittimando sia le strutture pubbliche che quelle private ad adottare «*altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera*».

Il primo comma continua prevedendo che le strutture sanitarie o sociosanitarie (pubbliche o private) «*stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 7, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9*». Ne consegue che, la struttura deve farsi carico nei confronti del danneggiato anche del danno arrecato dal fatto illecito (extracontrattuale) del proprio professionista sanitario *ex* art. 2049 cod. civ.: il tutto in conformità di quanto previsto dal CCNL Dirigenza medica (si cui si è detto) e fermo restando il diritto di rivalersi nei confronti di quest'ultimo come disciplinato dall'art. 9 della legge in parola. Sul punto si vedrà come le singole strutture sanitarie decideranno di attrezzarsi e, soprattutto, se saranno effettivamente presenti e solvibili.

Il comma conclude affermando che: «*Le disposizioni di cui al periodo precedente non si applicano in relazione agli esercenti la professione sanitaria di cui all'articolo 10, comma 2*»: il riferimento è diretto ai professionisti sanitari che svolgono la loro attività al di fuori delle strutture sanitarie o che vi lavorano ma con un contratto come liberi professionisti o «*che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente*»[68].

Infine, il terzo comma dell'art. 10 prevede un generico invito rivolto a «*ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private*» a stipulare «*un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave*» per garantire efficacia alle azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa[69] esercitate dalle strutture sia pubbliche che private.

Sul concetto di "adeguatezza" ai sensi del comma in esame si è avuto modo di esporre trattando dell'art. 9 della legge in esame rilevando quale sia il profilo di rischio a cui è sottoposto il dipendente della struttura sanitaria, ponendo particolare attenzione alle esigenze assicurative del dipendente pubblico..

Per capire cosa effettivamente succederà nei rapporti con le imprese di assicurazione, occorrerà attendere la futura decretazione che andrà (finalmente) a

---

[68] Il secondo comma dell'art. 10 statuisce che per questi professionisti sanitari si ripropone l'obbligatorietà di cui «*all'art. 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148*» di cui si è avuto modo di esporre.

[69] In questa situazione, da un lato, il legislatore non ha (potuto o voluto) imporre l'obbligo assicurativo a tutti i soggetti operanti nella sanità e, conseguentemente, non ha (potuto o voluto) predisporre un preventivo accordo con le compagnie di assicurazione finalizzato a garantire a tutto il mondo della sanità un obbligo a contrarre da parte loro, con regole e modalità che garantissero trasparenza e concorrenzalità nell'offerta.

definire tutta una serie di aspetti nodali e fra questi anche quello sui c.d. «*requisiti minimi*» già richiesto dall'art. 3, secondo comma, della Legge Balduzzi[70].

Verso la fine de 2017, si è attivato un movimento di idee in seno al Ministero della Salute – si ritiene esclusivamente insieme ai rappresentanti dell'ANIA e senza sentire né le Federazioni rappresentative delle professioni sanitarie né i sindacati maggiormente rappresentativi – finalizzato a dare attuazione, in unico testo, a tutti i decreti relativi ai temi assicurativi[71]. Un testo che, da un lato, manifesta evidenti illogicità e superficialità di analisi del fenomeno: ma ciò che è più grave è che recepisce dei requisiti talmente minimi da essere realizzato al solo scopo di non infastidire né ostacolare le imprese di assicurazioni italiane altrimenti escluse dal rischio, vuoi per inefficienza o per incapacità a gestire questo tipo di rischio.

In attesa di tale emanazione, risulta inutile soffermare l'attenzione su disposizioni che non operano e che, forse, non opereranno mai: occorre ricordare che la norma analoga contenuta nell'art. 3, secondo comma, della Legge Balduzzi non ha avuto alcuna attuazione nonostante siano passati più di cinque anni dalla sua emanazione.

Sempre con riferimento alle norme aventi rilevanza sul piano assicurativo, l'art. 11 della legge in esame (rubricato «*Estensione della garanzia assicurativa*») prevede che le imprese di assicurazione dovranno estendere l'operatività della garanzia assicurativa anche a eventi accaduti nei dieci anni antecedenti alla conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa durante la vigenza temporale della polizza. Inoltre, in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta. Considerando, però, che i termini prescrizionali delle azioni di responsabilità civile (contrattuale e extracontrattuale) decorrono dal momento in cui emerge il danno, anche questa retroattività decennale potrebbe risultare insufficiente[72].

---

[70] Si è già detto dell'analogo decreto previsto dalla precedente legge Balduzzi (art.3, secondo comma). Ad ulteriormente complicare l'emanazione del decreto si pensi alla sua estensione a disciplinare anche «*i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio, richiamate dal comma 1*», ecc., ecc. Inoltre, il quinto comma dell'art. 10 prevede che, entro novanta giorni dovrebbe essere emanato un decreto che «*definisce i criteri e le modalità per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza e controllo esercitate dall'IVASS sulle imprese di assicurazione che intendano stipulare polizze con le strutture di cui al comma 1 e con gli esercenti la professione sanitaria*».

[71] Si veda l'art. 10, quinto, sesto e settimo comma della Legge 24/2017

[72] La disposizione non tiene conto del fatto che, nel corso della loro attività professionale, i sanitari modifichino i loro rapporti contrattuali con l'ente da cui dipendono e, conseguentemente, anche la loro posizione assicurativa: si pensi, ad esempio, ad un giovane medico assunto con contratto libero-professionale (e relativa partita IVA) il quale, successivamente, viene inquadrato con un rapporto di lavoro subordinato; con l'operatività in *claims made*, dopo molti anni in rapporto di dipendenza (e magari assicurativamente garantito in coerenza con il ruolo ricoperto), egli

Da una lettura più attenta, la formulazione normativa usata è poco chiara. Infatti, è a dir poco stravagante che nell'art. 11 il legislatore abbia previsto che la copertura assicurativa debba essere estesa anche agli «*eventi*» accaduti nei dieci anni precedenti, con la precisazione «*purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza*». Considerando che (come si è avuto modo di esporre precedentemente) le polizze di responsabilità civile professionale operano tutte in "*claims made*", bene il legislatore avrebbe fatto a fare riferimento alle «*richieste di risarcimento relative ad eventi* […]» e non solo agli «*eventi* […] *purché denunciati*»: letteralmente si richiede ai professionisti di denunciare gli eventi (quando accadono) e non si vincola l'operatività della polizza assicurativa alle "*richieste di risarcimento*" (come richiesto dalla clausola di operatività in *claims made*). Ad avvalorare ulteriormente le perplessità evidenziate, si consideri che nella seconda parte della norma si fa, invece, espresso riferimento alle «*richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi*».

Considerando la formulazione usata nella norma, l'esigenza di fornire garanzia alle richieste di risarcimento danni avanzate dal danneggiato e quanto previsto nella individuazione dei "*requisiti minimi*" per altre categorie professionali[73], si deve ritenere che la richiesta di retroattività e di ultrattività ivi indicata deve essere inserita (in automatico) in ogni polizza assicurativa di responsabilità civile professionale[74].

Il successivo art. 12 della legge in esame (rubricato «*Azione diretta del soggetto danneggiato*») prevede che, una volta esperito l'accertamento tecnico preventivo, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, e dell'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una struttura pubblica o privata, o che presti la sua opera all'interno della stessa ma in regime libero professionale, o che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il tutto, nel limite dei massimali previsti dalle coperture assicurative da queste stipulate.

Ne consegue che, in tali casi l'assicuratore del professionista sanitario che lavora presso una struttura pubblica o privata ma che "*non ha"* rapporti contrattuali con il paziente, pur essendo contemplato fra i partecipanti al procedimento di cui all'art. 8 "*non*" potrà essere chiamato direttamente in causa dal danneggiato il quale, però, potrà citare in proprio il professionista sanitario: chiaramente, se sussisteranno i presupposti per un'azione extracontrattuale nei suoi confronti e sempreché l'impalcatura offerta dal citato art. 7 resista alla verifica giurisprudenziale. In tal caso, il professionista sanitario – che avrà già aperto il sinistro non appena ricevuta la

---

potrebbe essere chiamato in causa per un danno commesso come libero professionista e, a quel punto, non sarebbe coperto dall'assicurazione.

[73] Si v. il decreto ministeriale 22.9.2016 rubricato «*Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato*».

[74] Si veda Cass, Sez. III, sentenza n.10506 del 28 aprile del 2017

comunicazione *ex* art. 13 della legge – potrà/dovrà costituirsi in giudizio con il proprio assicuratore o, in alternativa, citarlo in manleva. Questo significa che, come si è avuto modo di esporre analizzando l'art. 9 della legge 24/2017, il professionista sanitario dipendente pubblico (quello che "*non ha*" rapporti contrattuali con il paziente) dovrà avere una copertura che sia estesa "*anche*" alla responsabilità civile per "*colpa grave*" (e non solo limitata alla mera responsabilità amministrativa). Altrimenti, qualora abbia una polizza per la sola "*colpa grave*", dovrà sperare sulla solvibilità della struttura sanitaria presso cui opera e sugli adempimenti da parte di quest'ultima di quanto previso dalla contrattazione collettiva di categoria: cosa che, come è noto, non avviene in modo costante ed uniforme sul territorio nazionale. Ancora, nelle ipotesi di c.d. doppio binario civile-amministrativo, diviene difficile ipotizzare che la struttura sanitaria possa fornire protezione a soggetti che essa stessa aggredisce giudizialmente. Altrimenti, il professionista sanitario dovrà accollarsi, autonomamente, i costi di difesa e, eventualmente, le conseguenze di una eventuale condanna al risarcimento (magari in solido con la struttura) disposta dal Tribunale civile.

Secondo tale articolo, l'assicuratore deve garantire l'intero massimale di polizza e non può opporre al danneggiato eccezioni derivanti dal contratto diverse dai "*requisiti minimi delle polizze assicurative*" che verranno individuati con il decreto di cui all'art. 10, sesto comma. Il comma successivo, però, prevede che l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso il proprio assicurato-cliente sempre nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, su citati[75].

Sul punto, occorre registrare che, in assenza dei deceti attuativi di cui all'art. 10, sesto comma, la giurisprudenza sta prendendo posizione in merito al tema relativo alla partecipazione o meno delle Compagnie di assicurazione all'accertamento tecnico preventivo: un intervento *creativo* da parte della giurisprudenza che, come sempre, colma il vuoto legislativo regolamentando e disciplinando (anche) questo profilo[76].

Nelle pagine precedenti abbiamo analizzato come nell'ambito sia pubblico che privato, le aziende tendano sempre di più a non assicurarsi o a gestire il proprio rischio assicurativo mediante polizze che prevedono alte franchigie o somme in auto-

---

[75] Sul punto, la bozza di decreto in circolazione prevede all'art. 7 ("*Eccezioni opponibili*"): Sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, previa clausola contrattuale da approvare specificamente per iscritto, le seguenti eccezioni: a) i fatti dannosi derivanti dallo svolgimento di attività che non sono oggetto della copertura assicurativa; b) fatti generatori di responsabilità verificatisi al di fuori del periodo di efficacia della copertura assicurativa; c) richieste di risarcimento non presentate nel periodo di vigenza della polizza assicurativa**;** d) esercizio abusivo dell'attività della struttura o dell'esercente la professione sanitaria; e) i sinistri o la quota parte di sinistri rientranti nella soglia della SIR.

[76] Da ultimo, si v. Trib. Verona, Sez. III Civ., n.2090 del 2018 con cui si ritiene di aderire alla tesi che vede la partecipazione delle compagnie anche in assenza dei decreti attuativi esclusivamente per i vantaggi che ne deriverebbero da un punto di vista *funzionale*, così sacrificando una lettura combinata dell'art. 12 con l'art. 8 e l'art. 10 della legge Gelli.

ritenzione del rischio (c.d. SIR, *Self Insurance Retention*). Quindi, anche ammesso che vi sia una polizza assicurativa, questa si attiverà solo per richieste al di sopra di somme molto ingenti (250.000/500.000/1.000.000 di Euro). Tutto questo sistema potrebbe entrare in seria crisi con l'emanazione della decretazione attuativa indicata al comma sesto dell'art. 10 che dovrà anche stabilire «*i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio, richiamate dal comma 1; disciplina altresì le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati*». Materia economicamente (e politicamente) spinosa: tutte ragioni che ne complicano sicuramente l'emanazione o, quanto meno, la possibilità che sia formulato in modo serio ed approfondito[77].

---

[77] Sul punto, la norma precisa che: «*A tali fondi si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 5 e 5-bis, del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 9, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 marzo 1993, n. 67*».

Le prime bozze di decreto attuativo sul punto, al Titolo VI («*Requisiti minimi di garanzia e condizioni di operatività delle misure analoghe all'assicurazione*"), prevedono all'art. 9 («*Misure analoghe alle coperture assicurative*»): «*1. Le strutture sanitarie ai fini della copertura di cui all'articolo 10, comma 1, della Legge, possono utilizzare, in alternativa alla stipulazione di una copertura assicurativa, forme di copertura analoghe mediante assunzione diretta del rischio (c.d. autogestione o autoritenzione del rischio). 2. La scelta di operare con l'autoritenzione del rischio deve risultare da apposita delibera approvata dai vertici della struttura sanitaria che ne evidenzia, altresì, le motivazioni di funzionamento e il ruolo eventuale del centro di gestione unitario del rischio di responsabilità civile in ambito sanitario (di seguito, centro di gestione unitario), e le motivazioni sottese. 3. La congruità degli accantonamenti di cui agli articoli 10 e 11 è certificata da un revisore che rilascia un giudizio di sufficienza o attesta le ragioni per cui è impossibile esprimere un giudizio*». Si tratta di una formulazione assolutamente inadeguata per non dire ipocrita o irresponsabile.

Come un revisore possa esprimersi sulla congruità degli accantonamenti è, a dir poco, un mistero. In realtà, manca nel glossario e anche nell'impianto di questa bozza di decreto il concetto essenziale (e la relativa definizione) di "riserva", di che cosa sono e con quali dispositivi vengono appostate, sulla base di una esperienza internazionale collaudata, a cominciare dal metodo della già citta triangolazione dei rischi. E ad attestare le riserve deve essere un liquidatore, non un revisore. Senza la parte sulle riserve, e l'obbligo da parte delle strutture di appostare riserve con gli stessi criteri delle compagnie di assicurazione non si eliminerà la disimmetria sostanziale tra assicurazione (sottoposta a un regime di regole quasi asfissiante, a favore dell'assicurato) e autogestione del rischio (completamente deregolata e autoreferenziale…tanto a pagare qualcuno ci sarà sempre quando scoppierà il bubbone, stile "derivati"). Come detto, è inaccettabile che mentre le compagnie assicuratrici faticano a dare attuazione alle regole contenute nella Solventi II, si consenta ad enti pubblici e privati di procedere in totale assenza di regole.

Con riferimento al «*Fondo rischi*» si stabilisce: «*1. La struttura costituisce una riserva a copertura dei rischi in corso al termine dell'esercizio e che possono dar luogo a richieste di risarcimento (Fondo Rischi). Se il rischio di responsabilità civile in ambito sanitario della struttura è gestito in modo accentrato, tale adempimento ricade sul centro di gestione unitario. 2. L'importo accantonato ai sensi del comma 1: a) tiene conto della natura e della quantità delle prestazioni erogate e delle dimensioni della struttura ed è sufficiente a far fronte, nel continuo, al costo atteso per i rischi in corso al termine dell'esercizio. b) è utilizzato esclusivamente per il risarcimento*

Infine, analogamente a quanto accaduto con l'art. 3 della legge Balduzzi, anche la legge Gelli ripropone, all'art. 14, il «*Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*» che verrà alimentato «*dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria*»: un contributo che sarà «*versato all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnato al Fondo di garanzia*»[78].

Anche per l'operatività del Fondo occorrerà attendere l'emanazione del decreto attuativo di cui all'art. 10 sesto comma: sarà questo a rideterminare nel tempo il "*massimale minimo*" tenendo presente l'andamento del Fondo per le ipotesi di danni liquidati di importo superiore ai massimali richiesti nei contratti di assicurazione stipulati dalle strutture sanitarie pubbliche o private o dai liberi professionisti. Al momento le bozze di decreto attuativo uscite sono talmente di scarsa qualità che non si ritiene né opportuno (né dignitoso) perdere tempo ed inchiostro per illustrarle.

Anche in tal caso, si vedrà se e cosa effettivamente si realizzerà.

---

danni derivante dalle prestazioni sanitarie erogate. In caso di utilizzo parziale o totale del fondo, lo stesso dovrà essere reintegrato non oltre la chiusura dell'esercizio nel quale è avvenuto l'utilizzo».

Il successivo art. 11 («*Fondo riserva sinistri*») prevede: «*1. In aggiunta a quanto richiesto dall'articolo 10, la struttura costituisce un fondo riserva sinistri che comprende l'ammontare complessivo delle necessarie per far fronte alle richieste di risarcimento presentate nel corso dell'esercizio o nel corso di quelli precedenti relative a sinistri denunciati e non ancora pagati, nonché alle relative spese di liquidazione. Se il rischio di responsabilità civile in ambito sanitario della struttura è gestito in modo accentrato, tale adempimento ricade sul centro di gestione unitario. 2. Gli eventuali avanzi di riserva derivanti dalla liquidazione totale dei sinistri ovvero da quelli senza seguito sono imputati al fondo rischi di cui all'articolo 10*».

Si tratta di due disposizioni a dir poco surreali: contengono affermazioni fondate sulla convinzione che i sinistri siano liquidati nell'anno stesso di esercizio ed evidenzia che, probabilmente, sarà stato scritto da non ha alcuna esperienza in materia di responsabilità professionale sanitaria ma solo di RC Auto. Chissà quali saranno le strategie adottate dalle imprese di assicurazione per ricevere adeguate garanzie di solvibilità da parte delle strutture sanitarie e dai liberi professionisti. Una cosa è certa: una volta emanato il decreto in parola, i professionisti di cui all'art. 10, comma 2, dovranno prepararsi a un vorticoso aumento dei premi assicurativi e, probabilmente, alla sottoscrizione di garanzie di solvibilità nei confronti dei propri assicuratori in modo da tranquillizzarli per quanto concerne le eventuali rivalse.

In ogni caso, l'art. 12 statuisce che entrambe gli assicurati (strutture e professionisti) sono comunque litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal danneggiato contro la loro impresa di assicurazione. Si v. il quarto comma dell'art. 12.

[78] Sul punto, è evidente che qualsiasi importo verrà indicato come contributo a favore del Fondo, questo si riverbererà direttamente sui premi assicurativi che annualmente vengono corrisposti dagli assicurati (strutture e professionisti sanitari) incrementati sia dalla (ingente) imposizione fiscale (pari al 22,25% del premio lordo) oltre agli altri oneri e costi connessi. Il fondo verrà dal Ministero affidato alla gestione della Concessionaria servizi assicurativi pubblici (CONSAP) mentre tutta la disciplina e le modalità operative del Fondo sono rimesse – nuovamente – a una successiva decretazione ministeriale. Si veda quanto esposto precedentemente anche perché i casi che saranno coperti dal Fondo di garanzia (art. 14, settimo comma), dipenderanno direttamente dai "*requisiti minimi*" di cui al Decreto Ministeriale di cui si è parlato (art. 10, sesto comma).

A questo punto della trattazione, ci si chiede se l'impalcatura perseguita dal legislatore di ridefinire e precisare la disciplina della responsabilità professionale sanitaria al fine di coinvolgere le assicurazioni sia stata effettivamente realizzata.

Come detto nella parte introduttiva del presente capitolo, la *ratio* della legge in esame è quella di effettuare un serio monitoraggio del rischio sanitario mediante la raccolta di dati omogenei ed uniformi (grazie agli osservatori di cui all'art. 3) e (ri)attrarre le assicurazioni ad accollarsi il rischio sanitario attraverso una ridefinizione della disciplina penale, civile ed amministrativa che regolamenta la responsabilità professionale sanitaria: ridefinizione che, alla luce di quanto espresso, non risulta esente da critiche e perplessità la cui soluzione richiederà. Inevitabilmente, il vaglio giurisprudenziale. Il tutto senza contare che molte disposizioni dipendono direttamente dall'emanazioni di tanti specifici (e complessi) decreti di attuazione.[79].

Ciò che conta è che, in ogni caso, questa stabilizzazione (normativa o giurispudenziale) richiederà del tempo: intanto, le poche imprese di assicurazioni presenti sul mercato – le quali, si ricorda, non hanno alcun obbligo a contrarre – possono tranquillamente continuare ad operare in attesa che (forse) giungano delle innovazioni (forse) sfavorevoli.

Quanto alle strutture sanitarie, in attesa che il decreto di cui all'art. 10 sesto comma dia attuazione agli artt. 12 e 14 *in toto*, non si vedono profonde innovazioni rispetto a quanto oggi in corso: salvo quanto indicato con riferimento alle strutture sanitarie private alle quali resteranno in carico i danni commessi dai loro dipendenti connotati da "*colpa lieve*" (si v. art. 9, primo comma).

Quanto ai professionisti sanitari dipendenti pubblici, tutto dipenderà da come la prassi attuerà le disposizioni citate e quali saranno gli orientamenti giurisprudenziali. In ogni caso, si può affermare che il tempo delle "*polizze giocattolo*"[80] limitate alla sola copertura della c.d. "*colpa grave*" contabile-amministrativa è finito.

Ora i professionisti sanitari dipendenti pubblici dovranno affrontare un crescente fronte di responsabilità civile se si ripercuoterà sulle loro polizze assicurative incrementandone l'ambito di copertura e, conseguentemente, i premi, riducendone la disponibilità da parte del mercato assicurativo. Servirà una copertura più ampia, che consenta sempre di aprire il sinistro; che copra anche la partecipazione al tentativo obbligatorio di conciliazione e al processo civile: anche se con un risarcimento limitato alla sola "*colpa grave*" (sia in sede civile che amministrativa).

Ina altre parole, una copertura assicurativa che, salvo alcuni casi di convenzioni centralizzate in seno ad associazioni professionali, al momento non viene offerta dal mercato assicurativo.

Inoltre, considerando la scarsa applicazione del disposto di cui all'art. 25 del CCNL Dirigenza medica, alla polizza di responsabilità civile professionale si dovrà

[79] Tra l'altro, vista la citata esperienza maturata sul simile decreto previsto dall'art. 3, secondo comma, della legge Balduzzi, si tratta di una situazione dovrebbe, quanto meno, tranquillizzare il mercato assicurativo.

[80] L'espressione è del Presidente della AAROI-EMAC, dott. Alessandro Vergallo.

aggiungere anche una (seria) polizza di tutela legale che sia estesa in modo da consentire al professionista di affrontare le diverse fasi processuali introdotte dalla legge sia in sede penale che civile.

Quanto ai professionisti sanitari libero professionisti - o che hanno un rapporto contrattuale diretto con il danneggiato – sono note le difficoltà esistenti nel reperire soluzioni assicurative adeguate sia per contenuti che per costi: una situazione che potrebbe peggiorare ulteriormente con l'attivazione della azione diretta nei confronti degli assicuratori.

Di sicuro vantaggio, invece, se si riuscirà a confermare l'adozione delle tabelle degli art. 138 e 139 del codice delle assicurazioni che, come detto, determineranno una maggiore certezza nei risarcimenti e una probabile riduzione dell'entità degli stessi.

Potenzialmente vantaggiosa è anche la disposizione contenuta nell'art. 15 della legge 24/2017 in merito alla qualità degli specialisti coinvolti nel collegio incaricato come consulente tecnico di ufficio (nel procedimento civile) o come perito (nel procedimento penale): il tutto, come detto, deriverà dalla effettiva applicazione che di tale norma verrà effettuata da parte del Consiglio Superiore della Magistratura nella definizione dei nuovi Albi dei consulenti e dei periti.

7. Conclusioni.

Pur rilevando lo sforzo compiuto dal legislatore, quanto sin qui esposto evidenzia che sussistono molte ragioni per ritenere che la creazione di uno specifico sotto-sistema, così come delineato dalla legge 24/2017, non riesca a reggere nel tempo. Non solo. Le difficoltà esistenti nell'affrontare una materia così complessa, il condizionamento subito dai gruppi di pressione dei poteri coinvolti, la connessa scarsa qualità nella formulazione normativa, possono, come detto, favorire una ampia oscillazione giurisprudenziale che impiegherà tempo nel fornire una chiave di lettura stabile della nuova disciplina penalistica, civilistica e contabile amministrativa. Contemporaneamente, le norme emanate rischiano di creare un terreno favorevole al sorgere di (*rectius*: ad incrementare i) conflitti fra le strutture sanitarie (pubbliche o private) e i professionisti sanitari loro dipendenti[81]. Norme dall'interpretazione ambigua possono favorire comportamenti ambigui, prevalentemente finalizzati allo scarico di responsabilità fra i vari soggetti coinvolti[82].

Sotto il profilo assicurativo non si può non rilevare che questi (ulteriori ed indefiniti) profili di responsabilità non trovano soluzione nelle polizze assicurative

[81] Si pensi, ad esempio, a quanto emerge dalla analisi dei rapporti fra struttura sanitaria e dipendenti di cui all'art. 9: in tal caso, diviene evidente che la normativa in esame può determinare un incremento della conflittualità, non tanto nel rapporto fra pazienti e strutture e professionisti sanitari (i cui livelli di conflitto sono già altissimi), quanto (e soprattutto) nei rapporti fra struttura sanitaria (pubblica e privata) rispetto ai professionisti sanitari che lavorano presso di loro.

[82] Sempre richiamando quanto esposto con riferimento all'art. 9,

normalmente stipulate dai professionisti sanitari (soprattutto da quelli che operano nell'ambito pubblico): non esistono sul mercato assicurativo, in quanto si tratta di polizze assicurative che coprono solo la responsabilità amministrativa, lasciando scoperti i risarcimenti conseguenti alle azioni civili e penali. In tale prospettiva, si tratta di polizze non "*adeguate*" (ex art. 10, terzo comma, legge 24/17).

Ne consegue che in questa incertezza, torna ad avere la massima importanza l'attività di controllo di cui si è parlato all'inizio della presente trattazione[83].

Il problema è: il controllo da parte di chi?

Sicuramente non sussistono i presupposti affinché questa attività venga seriamente svolta dal legislatore: il sistema sanità così come strutturato è ormai talmente compromesso che difficilmente la politica ha la cultura, l'indipendenza e la forza, di imporre serie e concrete attività di controllo[84]. Allo stesso modo, il monitoraggio del rischio clinico non potrà (non dovrà) essere affidato alla giurisprudenza: anzi, come detto, negli anni, quest'ultima è passata da un (fisiologico) controllo della legalità dei comportamenti ad un (patologico) controllo della qualità della sanità, favorendo la situazione di conflittualità e di incertezza in cui il sistema oggi si trova.

In tale prospettiva, occorre muovere dal ruolo centrale che deve essere riconosciuto agli Enti pubblici e privati che rappresentano le professioni sanitarie: Federazioni, Ordini professionali, società scientifiche. Esse rappresentano le professioni sanitarie e detengono le "*unità di misura*" per la valutazione scientifica dei comportamenti esigibili dai professionisti e per la definizione dei profili di colpa esistenti. In altre parole, da essi dipende la definizione delle attenzioni e delle cautele che devono accompagnare l'esercizio della professione sanitaria[85].

---

[83] L'unica via possibile è attribuire muovere dall'inserimento di strumenti di controllo adeguati a ridurre il più possibile il rischio clinico e, conseguentemente, il contenzioso: un controllo ed un monitoraggio che deve essere effettuato in modo serio, approfondito, uniforme su tutto il territorio nazionale, e completo al fine di rimuovere le situazioni problematiche ed inserire i presupposti per costruire una sanità migliore. Solo alla fine di questo processo, tutto ciò che non si potrà direttamente controllare potrà essere oggetto di gestione assicurativa.

[84] Sul punto, basta leggere la bozza dei DDMM in materia assicurativa precedentemente indicati: in particolare, per quanto concerne il controllo sulla fondatezza e sulla stabilità dei sistemi di auto-ritenzione del rischio adottati dalle Regioni.

[85] Da più di quindici anni in Italia alcune associazioni scientifiche, sindacati di categoria, hanno attivato dei veri e propri "*Sistemi di Protezione*" a favore degli iscritti con cui riescono a controllare la gestione dei sinistri, a conoscerne le cause, a contrastare le richieste di risarcimento pretestuose, a fornire gli indispensabili supporti medico-legali ed a reperire adeguati contratti assicurativi. Grazie alla lungimiranza del suo Presidente (dott. Matteo Piovella) la Società Oftalmologica Italiana è stata la prima società scientifica ad aver adottato un Sistema di protezione a favore dei propri iscritti grazie ad una convenzione assicurativa centralizzata che le consente sia di monitorare quanto accade (e di adottare conseguentemente adeguati strumenti di prevenzione dei danni) ma anche di intervenire nelle difese degli iscritti. Un modello che, in seguito è stato adottato anche da altre associazioni specialistiche (ad esempio, la Associazione Urologi Italiani) e sindacali (ad esempio, dalla Associazione Anestesisti Rianimatori Ospedalieri Italiani).

Grazie all'adozione di un sistema assicurativo centralizzato ed inserito nella quota associativa, hanno attivato un efficiente e completo sistema di monitoraggio su tutti i sinistri

È fondamentale che i soggetti che rappresentano i professionisti sanitari, anche sotto il profilo scientifico, si riapproprino del proprio ruolo fornendo quanto necessario affinché le strutture e i professionisti sanitari rispondano ai necessari requisiti oggettivi di qualità – attraverso una seria attività di "*certificazione*" della qualità – e, contemporaneamente, anche al controllo e valutazione, anche nel tempo, dei requisiti soggettivi relativi alla conoscenza e alla formazione "*specifica e pratica*".

In tale prospettiva, occorre conferire un ruolo primario alle sanzioni deontologiche - secondo le indicazioni indicate nella parte introduttiva della presente trattazione, relativamente al ruolo degli Ordini professionali – anche in conformità a quanto riproposto dalla citata legge sulla riforma degli ordini professionali (n. 3/2018). Un potere che, se espresso nella sua completezza ed interezza, permetterebbe di effettuare un attento controllo sul fenomeno della conflittualità esistente e sulla sua fondatezza medico-scientifica.

Allo stesso tempo, il riappropriarsi da parte della scienza specifica di riferimento del proprio ruolo nella definizione dei requisiti di qualità necessarie nella prestazione sanitaria può essere prologo, da un lato, per l'adozione di disposizioni normative meno invasive (c.d. di *soft law*) e, dall'altro, per ricondurre la giurisprudenza al ruolo che le dovrebbe essere più consono: il controllo della legalità.

---

accaduti nel tempo ma attuando, contemporaneamente, una attenta analisi delle frequenze. Ne è conseguita una sempre maggiore consapevolezza del proprio rischio che si è espressa in servizi effettivamente finalizzati alla prevenzione degli eventi avversi e alla difesa dell'attività professionale. Per quanto attiene ai servizi finalizzati alla "*prevenzione*", queste associazioni hanno rilevato quali siano i problemi professionali concreti dei propri iscritti proprio grazie alla analisi dei sinistri occorsi. Ne è conseguita una modificazione sul piano formativo offerto dalla associazione scientifica, mirato a fornire soluzione ai problemi emersi attraverso la definizione di un programma formativo ed informativo adeguato. Quanto ai servizi finalizzati, invece, alla "*difesa*", sempre grazie al monitoraggio dei sinistri è stato possibile controllare "chi diceva cosa e nei confronti di chi" in ogni singolo giudizio evitando, appunto, che potessero sorgere cause "frivole" ed infondate nei confronti dei soci: una attività che, come detto, con il nuovo art. 15 della legge in esame potrà diventare molto più efficiente ed efficace. Tra l'altro, attraverso il monitoraggio dei sinistri relativi ai propri associati, queste Società scientifiche risultano già predisposto sia a collaborare con l'Osservatorio (di cui all'art.3, secondo comma, della Legge in esame, nonché a chiarire con estrema precisione quale sia la propria "classe di rischio" a cui fare riferimento ai sensi dell'art.10, sesto comma. Da ultimo, lo stesso sistema di protezione è stato da poco adottato anche dalla Federazione nazionale dei tecnici sanitari di radiologia medica.