

Anno 17

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

1-2019

In questo numero:

La risoluzione delle controversie in materia societaria

Nuova disciplina dei rapporti di lavoro e concordato

Chiarezza del bilancio

Invalidità del bilancio

Dinamiche finanziarie dell'impresa

Responsabilità sanitaria: diritto di rivalsa



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

1-2019



La Rivista è pubblicata con il supporto degli
Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Cremona, Como, Mantova, Monza e Brianza

Sezione di Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera.

Sezione di Diritto fallimentare

a cura di Luciano Panzani.

Sezione di Diritto tributario

a cura di Gilberto Gelosa.

Sezione di Pubblica amministrazione e impresa

a cura di Marco Casavecchia.

Sezione di Trust e negozi fiduciari

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli.

Sezione di Crisi internazionale d'impresa

a cura di Luciano Panzani e Antonio Leandro.

Sezione di Diritto penale dell'impresa

a cura di Ciro Santoriello.

Sezione di Diritto processuale delle società

a cura di Francesco De Santis.

Comitato Scientifico

Carlo Amatucci, Giovanni Arieta, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Guido Canale, Paolo Felice Censoni, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Massimo Fabiani, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Andrea Perini, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Achille Saletti, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe.

Redazione

Maria Di Sarli - Cristina Saracino (*Coordinatori*).

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Vittorio Occorsio, Luca Pecoraro, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Federico Riganti, Rossella Rivarro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Massimo Travostino, Maria Venturini.

Direttore responsabile: Oreste Cagnasso.

I saggi pubblicati sono sottoposti a *blind referees* scelti tra i professori universitari appartenenti al Comitato scientifico, competenti nei vari settori.

La valutazione degli atti di Convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione, nonché delle note redazionali, è riservata ai Direttori.

Ogni saggio ha il titolo ed è accompagnato da un abstract e dall'indicazione delle parole chiave in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

I contributi per la pubblicazione devono essere inviati ad uno dei Direttori o al Coordinatore ai seguenti indirizzi e-mail: maria.disarli@tiscali.it; cristina.saracino@cagnasso-associati.it

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

In questo numero:

La risoluzione delle controversie in materia societaria

Nuova disciplina dei rapporti di lavoro e concordato

Chiarezza del bilancio

Invalidità del bilancio

Dinamiche finanziarie dell'impresa

Responsabilità sanitaria: diritto di rivalsa



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Mensile - Iscrizione al R.O.C. n. 25223

Registrazione al Tribunale di Milano 8 novembre 2002, n. 618

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2039-6880

Nds collabora con RES Centro Studi d'Impresa e Via Crisis



VÍA CRISIS

Revista Electrónica de Derecho Concursal

Publicato on-line nel mese di gennaio 2019
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

- A. BAUDINO, La pratica collaborativa: procedure ADR a confronto e nuove prospettive per la risoluzione delle controversie in materia societaria. Prima Parte 9

Diritto fallimentare

a cura di Luciano Panzani

- A. CAIAFA, Nuova disciplina dei rapporti di lavoro e sua incidenza ai fini della concreta possibilità di salvaguardia dei lavori aziendali e del risanamento dell'impresa nel concordato 41

Relazioni a convegni

- O. CAGNASSO, La chiarezza: una pluralità di letture 71
F. NIEDDU ARRICA, Funzione informativa e invalidità del bilancio 75
L. TRONCI, Le dinamiche finanziarie dell'impresa. Novità 81

Varietà

- C. CHESSA, La c.d. "azione di rivalsa" nei confronti dell'esercente la professione sanitaria 89

Segnalazioni

- Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio) 125
Segnalazioni di diritto penale dell'impresa (a cura di Ciro Santoriello) 132

Contents

Company Law

edited by Oreste Cagnasso and Maurizio Irrera

- A. BAUDINO, The collaborative practice: a comparative analysis of the various ADR procedures and a new perspective for the resolution of corporate disputes 9

Bankruptcy Law

edited by Luciano Panzani

- A. CAIAFA, New regulation of labor relations and its impact for the purposes of the concrete possibility of safeguarding the company's work and the resale of the company in the arrangement 41

Reports on Conference

- O. CAGNASSO, Clarity: a plurality of interpretations 71
F. NIEDDU ARRICA, Accounting Information and Legal Formalism 75
L. TRONCI, News on financial dynamics of companies 81

Variety

- C. CHESSA, The so-called "right of redress" against the healthcare professional 89

News

- Corporate Law (ed. Giulia Garesio) 125
Criminal Law of the Company (ed. Ciro Santoriello) 132

Varietà

La c.d. “azione di rivalsa” nei confronti dell’esercente la professione sanitaria

The so-called “right of redress” against the healthcare professional

Corrado Chessa *

ABSTRACT

Il lavoro è dedicato all’azione di rivalsa prevista dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 in materia di responsabilità sanitaria. All’analisi normativa si accompagna la ricerca della natura giuridica della rivalsa la cui ricostruzione prende le mosse dal rapporto di preposizione che intercorre tra il medico e la struttura sanitaria per poi incentrarsi sulle problematiche, anche di natura processuale, nascenti dal rapporto interno tra i soggetti coobbligati nei confronti del paziente danneggiato.

PAROLE CHIAVE: responsabilità sanitaria – azione di rivalsa – rapporti tra la struttura e l’esercente l’attività sanitaria.

The work aims to analyze the right of redress provided for by law 8 March 2017, no. 24 on medical liability. The analysis of the legal framework matches the research on the legal nature of the right of redress starts from the relationship between the healthcare professional and the medical center and continues focusing on the main issues of the inner relationships (also by a processual perspective) between them towards the damaged patients.

KEYWORDS: medical liability – right of redress – relationship between healthcare professional and medical center.

* Professore Associato di diritto privato presso l’Università degli Studi di Cagliari.

SOMMARIO:

1. Generalità e oggetto della ricerca. – 2. Il medico come ausiliario della struttura sanitaria – 3. La natura giuridica dell'azione e la legittimazione a proporla. – 4. Il dolo o la colpa grave dell'esercente l'attività sanitaria. – 5. I termini e le modalità per l'esercizio dell'azione. – 6. I rapporti fra giudizio risarcitorio e giudizio di rivalsa. – 7. La misura della rivalsa. – 8. Conclusioni.

1. Generalità e oggetto della ricerca

L'art. 9 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie è dedicato alla regolamentazione dei rapporti interni tra la struttura sanitaria, pubblica o privata, ed il medico ogniqualevolta la prima abbia risarcito il paziente danneggiato a seguito della *malpractice* sanitaria riferibile al secondo¹.

In particolare, nella citata disposizione, rubricata «azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa», trovano regolamentazione sia l'azione esercitata dal Pubblico Ministero davanti alla Corte dei Conti a tutela della struttura sanitaria pubblica², sia la rivalsa promossa dalla struttura privata nei confronti del medico davanti al Giudice ordinario dopo aver risarcito il paziente danneggiato.

Con il proposito di incentrare il presente lavoro esclusivamente su quest'ul-

¹ In generale, sulla legge Gelli-Bianco, senza ambizioni di completezza, si indicano i seguenti contributi: AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, a cura di Gelli, Hazan, Zorzit, Milano, 2017; AA.VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Meoli, Sica e Stanzione, Napoli, 2018; AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco* (legge n. 24/2017), a cura di Volpe, Bologna, 2018; AA.VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Alpa, Pisa, 2017; ALEO, D'AGOSTINO-DE MATTEIS-VECCHIO, *Responsabilità sanitaria*, Milano, 2018; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco, Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018; MONTANARI VERGALLO, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (Le nuove leggi del diritto)*, Roma, 2017; CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737, ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, *ivi*, 2017, 741 ss.; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1448 ss.

² In argomento si rinvia a TENORE, *L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 469 ss.; DELLA VENTURA, *Responsabilità amministrativa del sanitario dipendente pubblico e processo contabile*, in ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *Responsabilità sanitaria*, cit., 339, ss.

tima, si rileva che l'intera disciplina contenuta nell'art. 9 della legge n. 24/2017, compreso il limite al danno risarcibile (commi 5 e 6), è comune ad entrambi i procedimenti contemplati dalla disposizione nonostante la differente giurisdizione che li contraddistingue³.

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

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

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

³ Sull'azione di rivalsa prevista dall'art. 9 della legge n. 24/2017, si vedano D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769 ss.; ID., *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 361 ss.; PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria: le novità introdotte dalla l. n. 24/2017*, in *Responsabilità medica*, 2017, 365 ss.; PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, *ivi*, 2018, 139 ss.; COSTANZA, *Colpa grave fra esonero ed imputazione*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco* (legge n. 24/2017), a cura di Volpe, cit., 144 ss.; PARTENZA, *L'azione di rivalsa nelle strutture private*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 521 ss.; CATALANO, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., 200 e ss.; FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp. civ.*, 2017, 271.

2. Il medico come ausiliario della struttura sanitaria

La necessità di regolare attraverso l'azione di rivalsa i rapporti interni tra la struttura sanitaria ed il medico deriva dalla scelta del legislatore della novella di ricondurre nell'ambito della responsabilità contrattuale della struttura (prevista dall'art. 7, comma 1) tutte le ipotesi in cui quest'ultima si avvalga di operatori ancorché non propri dipendenti e pur se scelti dal paziente.

La natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, rileva principalmente non tanto per il contenuto della regola introdotta dalla novella, considerato che essa aveva in precedenza già trovato il suggello della dottrina oltretutto della consolidata giurisprudenza di legittimità, nonostante i (pochi) dubbi sorti durante la vigenza della legge Balduzzi (legge n. 189/2012)⁴, quanto piuttosto per la modalità utilizzata in questa occasione dal legislatore il quale, usando una tecnica che parte della dottrina⁵ non ha esitato a definire

⁴ In dottrina, in merito al contatto sociale qualificato, si rimanda alle considerazioni di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 147 ss. e, ancora prima, ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 451. L'A. osserva che, ai fini della qualificazione della fattispecie come responsabilità contrattuale, sia sufficiente un contatto non occasionale avente un pregnante significato sociale che giustifichi un rapporto qualificato tra danneggiante e danneggiato; *contra* si veda, tuttavia, ZACCARIA, *Der Aufhaltsame aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77 ss., il quale esclude che il contatto possa rappresentare una fonte extralegale di obbligazioni e se ne possa giustificare il riconoscimento sulla base dell'art. 1173 c.c.; la teoria del contatto sociale qualificato è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità con la pronuncia di Cass., 29 gennaio 1999, n. 589, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 652, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; il criterio del contatto sociale ha trovato poi un consolidamento giurisprudenziale con Cass. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *ivi*, 2008, 849, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; da ultimo, nello stesso senso, Cass., 18 settembre 2015, n. 18307, in *Foro It.*, 2016, 176, con nota di Davola, *In tema di natura della responsabilità del medico*; dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi, nonostante l'esplicito riferimento dell'art. 3 all'art. 2043 c.c., le uniche pronunce che hanno qualificato la responsabilità medica come responsabilità extracontrattuale sono state Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Danno resp.*, 2013, 375 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, *ivi*, 2013, 373 ss., che ha qualificato come aquiliana la responsabilità della struttura sanitaria sia essa pubblica o privata.

⁵ Sul punto, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 747, il quale, riferendosi alla responsabilità aquiliana (pur se – a nostro avviso – la critica in questione vale anche per la responsabilità contrattuale) sottolinea che al fine di modificare i caratteri della responsabilità del medico il legislatore avrebbe dovuto più correttamente introdurre una disciplina di diritto speciale modellata sulle regole proprie della responsabilità aquiliana.

anomala, ha esplicitamente qualificato come contrattuale la responsabilità in questione, appropriandosi così delle vesti di interprete del diritto, senza tener conto della propria competenza limitata – come è noto – a coniare la norma.

Con l'attribuzione alla struttura sanitaria della responsabilità, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per l'attività svolta da coloro dei quali essa si avvale, la nuova disciplina ha fatto chiarezza su alcune questioni che erano rimaste fino ad oggi assai dubbie e controverse. Si tratta delle prestazioni sanitarie svolte in *intramoenia*, della sperimentazione e della ricerca clinica, dell'attività in regime di convenzione con il SSN e della telemedicina, che la novella, all'art. 7, comma 2, riconduce espressamente nell'ambito della responsabilità della struttura sanitaria ex art. 1228 c.c.⁶.

Peraltro, già in precedenza la giurisprudenza, di merito e di legittimità si era espressa in favore della riconducibilità di alcune di tali fattispecie nell'ambito della disciplina di cui all'art. 1228 c.c. In particolare, la S.C., con una non risalente decisione, ha qualificato come responsabilità contrattuale dell'Azienda Sanitaria Nazionale per fatto degli ausiliari l'ipotesi del fatto colposo commesso dal medico generico convenzionato in esecuzione della prestazione curativa nei limiti in cui la stessa sia assicurata e garantita dal SSN. Nello stesso senso, ancora prima, il giudice di merito aveva rinvenuto la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria ex art. 1228 per l'attività *intramoenia* svolta dal medico, affermando che il paziente che opta per il servizio *intramoenia* non è soggetto estraneo al SSN, ma suo fornitore attraverso un regime alternativo a quello ordinario⁷.

In linea con quanto ha recentemente evidenziato una parte della dottrina⁸,

⁶ Per una approfondita analisi delle forme di esercizio dell'attività medica si veda specificamente MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 149 ss.

⁷ Per la giurisprudenza di legittimità si rimanda a Cass., 3 dicembre 2012, n. 1620, la quale espressamente propende per «... abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c.»; nello stesso senso cfr. altresì Cass., 27 marzo 2015, n. 6243 che ha così statuito: «...in tema di responsabilità professionale medica, sussiste la responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1228 c.c. dell'ASL per il fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal SSN in base a livelli stabiliti secondo la legge»>>; per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Torino, 8 maggio 2003, inedita.

⁸ Cfr., sul punto, MARTINI, *La "nuova" responsabilità contrattuale delle strutture*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Gelli-Hazan-Zorzit, 251; per quanto attiene, invece, alla natura della responsabilità diretta del medico che opera in regime di *intramoenia*, alcuni ritengono che si tratti di responsabilità extracontrattuale (così ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Alpa, 229; nello stesso senso MARUCCI, *La riforma sani-*

il riferimento del comma 2 dell'art. 7 della novella al regime di convenzione con il SSN induce a ritenere responsabile la struttura, sia essa pubblica o privata, ai sensi dell'art. 1228 c.c. anche se essa non intrattiene necessariamente un rapporto di lavoro subordinato con l'esercente l'attività sanitaria, potendo costui identificarsi con il medico di base o di famiglia, con il medico generico, con il pediatra e perfino con il medico specializzando.

A suffragare tale interpretazione vale, innanzitutto, il richiamo al dato testuale dell'art. 7, comma 1, della novella che esplicitamente ribadisce l'operatività della responsabilità della struttura sanitaria *ex artt.* 1218 e 1228 c.c. anche qualora il medico sia stato scelto dal paziente e non sia dipendente della struttura stessa.

All'argomento letterale si aggiunge, peraltro, quello sistematico se si considera che l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 1228 c.c. prospettata dalla dottrina prevalente⁹ propende per l'operatività della responsabilità in questione anche in mancanza di uno stretto nesso di subordinazione tra il preponente e l'ausiliario, ma semplicemente ogniqualvolta l'operato di quest'ultimo sia eziologicamente riferibile all'attività svolta dal primo.

Ciò si fonda altresì anche sui tratti caratterizzanti il contratto di ospedalità inteso come negozio atipico con prestazioni composite in capo all'ente ospe-

taria Gelli-Bianco, cit., 151), altri, invece, affermano che non possa applicarsi il regime della responsabilità aquiliana in presenza di un rapporto sottostante di carattere contrattuale (così COMANDÈ, NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Gelli, Hazan, Zorzit, 278; dello stesso avviso sembra essere anche BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, 288).

⁹ Sul punto, anche per un raffronto con la fattispecie di cui all'art. 2049 c.c., cfr. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, cit., 368 ss.; CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*. Artt. 1228-1229, ne *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, 93; D'ADDA, *Sub art. 1228 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2013, 338; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 69; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 657 ss., i quali escludono che ai fini del sorgere della responsabilità debba necessariamente sussistere un rapporto di dipendenza tra il debitore ed il suo ausiliario; in senso conforme, in giurisprudenza, cfr. Cass., 26 giugno 2012, n. 10616; nello specifico ambito sanitario v. Cass., 22 settembre 2015, n. 18610; Cass. civ., 28 agosto 2009, n. 18805 in *Corr. giur.*, 2010, 199, con nota di MEANI, *La clinica privata risponde dei danni derivanti da un intervento chirurgico anche quando l'operazione è stata eseguita dal medico di fiducia del paziente: osservazioni critiche*; Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp. civ.*, 2009, 703; fra i giudici di merito si veda diffusamente, a proposito della non necessità di un rapporto di dipendenza fra il medico e la struttura sanitaria ai fini della responsabilità *ex art.* 1228 c.c. di quest'ultima, Trib. Firenze, 2 dicembre 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 899.

daliero che è tenuto a svolgere un'attività ad ampio spettro non limitata alla cura del paziente in senso stretto, ma, al contrario, estesa al funzionamento degli impianti e dei macchinari, all'efficienza organizzativa, alla sicurezza delle attrezzature, al vitto e alle sistemazioni logistiche¹⁰. Ne consegue che, in presenza di una qualunque disfunzione della rete organizzativa ospedaliera al di sotto degli *standards* necessari la struttura dovrà considerarsi responsabile *ex art. 1228 c.c.* nei confronti del paziente danneggiato, sua controparte nel contratto di ospedalità.

Rimane peraltro da stabilire, come sarà evidenziato più approfonditamente in seguito, se sussistano i presupposti della responsabilità della struttura sanitaria *ex art. 1228 c.c.* quando il medico abbia assunto direttamente l'obbligazione verso il paziente mentre il nosocomio si sia obbligato nei confronti di quest'ultimo soltanto ai fini della messa a disposizione dei propri spazi e macchinari. In tal caso una parte della dottrina¹¹ esclude l'applicazione della previsione di cui all'*art. 1228 c.c.*, riconducendo tale fattispecie allo schema delle obbligazioni solidali e indivisibili e ravvisando, in capo al medico, l'adempimento di una propria obbligazione *ex contractu* verso il (paziente) creditore che egli ha in comune con la struttura sanitaria ai sensi dell'*art. 1307 c.c.*

Di diverso avviso è, invece, chi¹², dopo aver negato la sussistenza di

¹⁰ Sul contatto atipico di ospedalità v. CALVO, *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Volpe, 1 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 241 ss.; MARTINI, *La nuova responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie*, cit., 231; in argomento cfr. altresì MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 753; in giurisprudenza cfr. Cass., 1° luglio 2002, n. 9556 che qualifica l'assistenza sanitaria fornita dalla struttura al cliente come un'attività «... che ingloba nel suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione e accessori»; tali statuizioni sono state confermate successivamente anche da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; tra i giudici di merito, in senso conforme, si veda Trib. Udine 13 maggio 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 550.

¹¹ Così CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale direttamente al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 506 ss. L'A. testualmente afferma «... in tal caso il medico, eseguendo la prestazione sanitaria, non agisce in adempimento dell'obbligazione altrui, come configurato dallo schema dell'*art. 1228 c.c.*, bensì in adempimento di una propria obbligazione verso il creditore che ha in comune con altri, come configurato dallo schema delle obbligazioni solidali e indivisibili e quindi dell'*art. 1307*».

¹² Così MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 137 ss., la quale, dopo aver richiamato i connotati della obbligazione solidale ad attuazione congiunta individuati dalla miglior dottrina (BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 14), esclude l'applicabilità di tale categoria alla fattispecie considerata fondandosi sull'interpretazione estensiva seguita dalla giurisprudenza di legittimità a proposito della responsabilità della struttu-

un'obbligazione solidale ad attuazione congiunta, invoca l'applicazione, anche per tale fattispecie, della regola della responsabilità per fatto degli ausiliari che, in armonia con la giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria formata anteriormente all'entrata in vigore della novella, viene estesa a qualunque ipotesi in cui il medico sia, comunque, inserito nell'organizzazione della struttura sanitaria affinché il diritto vantato dal paziente possa sempre essere fatto valere nei confronti di quest'ultima.

Fuori dall'ambito della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per fatto proprio ovvero – ex art. 1218 c.c. – dei suoi ausiliari, la novella introduce, allontanandosi così dalla ormai radicata regola fondata sul principio del contatto sociale¹³ che già la legge Balduzzi aveva tentato senza successo di abbandonare, una responsabilità extracontrattuale del medico. La disposizione del comma 3 dell'art. 7 prevede, infatti, che quest'ultimo, salvo l'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta verso il paziente, risponda del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Dal raffronto di tale disposizione con quella dedicata alla responsabilità della struttura sanitaria emerge con chiarezza la scelta legislativa del criterio c.d. del doppio binario, diretta a disciplinare l'operato della struttura sanitaria secondo le regole della responsabilità contrattuale e l'attività del medico facendo riferimento, invece, ai principi della responsabilità aquiliana¹⁴.

La coesistenza di due differenti regimi di responsabilità, oltre che generare evidenti ripercussioni sul piano dell'onere della prova e della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, induce altresì ad alcune riflessioni a proposi-

ra sanitaria ex art. 1228 c.c. anche nel caso di medici ausiliari non legati da un rapporto di lavoro subordinato con il nosocomio; per la critica a questa opinione, così come a quella illustrata nella precedente nota (11), si rimanda al conclusivo par. 8; in argomento cfr. altresì CONTE, VICIANI, *Sulla responsabilità civile della struttura sanitaria*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Alpa, 274; per la giurisprudenza sul punto si rimanda alla precedente nota (9) e si veda altresì Cass. civ., 14 giugno 2007, n. 13953.

¹³ In dottrina, oltre agli Autori citati nella precedente nota (4), si rimanda al recente contributo di CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Volpe, 55 ss.; per un analitico quadro della dottrina e della giurisprudenza sul problema della natura della responsabilità medica all'indomani dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, si veda ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1751 ss.

¹⁴ Sulla teoria del doppio binario ancora prima delle riforme Balduzzi e Gelli-Bianco, si veda DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007, 253 ss.; ID., *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 545 ss.; ID., *La responsabilità professionale del medico*, *ivi*, 2014, 123 ss.

to dei caratteri dell'azione di rivalsa che la struttura sanitaria può esperire nei confronti del medico.

In particolare, in linea con le ragioni di politica del diritto¹⁵, sottese a neutralizzare la medicina difensiva e a salvaguardare il mercato assicurativo¹⁶, acquista significativa importanza verificare se attraverso la rivalsa possa ottenersi, da un lato, la concentrazione del carico di responsabilità in capo all'obligato principale senza però, dall'altro lato, provocare una integrale ripercussione delle conseguenze risarcitorie in capo all' esercente.

3. La natura giuridica dell'azione e la legittimazione a proporla

Alla responsabilità *ex art.* 1228 c.c. della struttura nei confronti del paziente dal lato esterno dell'obbligazione fa eco, dunque, dal lato interno, una responsabilità *ex contractu* del medico nei confronti del nosocomio, suo preponente¹⁷, che costituisce il fondamento dell'azione di rivalsa.

In linea con lo spirito della novella diretto ad alleggerire la posizione dell'operatore sanitario senza, tuttavia, esentare integralmente quest'ultimo da responsabilità, in dottrina¹⁸, in proposito, si è precisato che, pur trattandosi di una re-

¹⁵ In argomento cfr. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., 771.

¹⁶ Sui profili assicurativi della legge Gelli-Bianco si veda *amplius* CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 213 ss., in corso di stampa, il quale, riferendosi alla disciplina in questione, osserva: «... essa è stata emanata con lo scopo specifico di contrastare la medicina difensiva, ossia una pratica che ostacola la sicurezza delle cure (e, quindi, il diritto alla salute) non solo in quanto aggrava i costi della sanità, ma soprattutto perché pregiudica gravemente il paziente dal momento che impedisce al medico di svolgere la sua attività serenamente e, quindi, nel modo più efficace possibile»; in argomento cfr. altresì PUCCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente*, in *Resp. med.*, 2018, 3 ss.

¹⁷ Per la dottrina si rimanda a D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, ecc., cit., 366, il quale, riferendosi al disposto dell'art. 1228 c.c., rileva che esso «... abbia proprio il senso di "spostare" nell'area contrattuale – e quindi regoli – la responsabilità del committente per fatti dell'ausiliario che non violino l'obbligo alla prestazione in senso stretto»; in giurisprudenza cfr. Cass., 11 dicembre 2012, n. 22619, in *questa Rivista*, 2013, 639; n. 703; Cass. civ., 17 maggio 2001, n. 6756, Trib. Lucca, 29 marzo 2017, n. 703; per una analisi ragionata della giurisprudenza v. altresì CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 87 ss.

¹⁸ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 772, il quale osserva «... del resto l'idea di un'autonoma responsabilità dell'ausiliario può essere avvalorata dallo stesso tenore dell'art. 1228 c.c. che, pur nell'assicurare al creditore l'azione nei riguardi del proprio (unico) debitore *ex contractu*, darebbe comunque rilievo, enfatizzandone l'elemento

sponsabilità diretta della struttura che si avvale dei propri ausiliari per l'attuazione dell'obbligazione, non deve, tuttavia, ipotizzarsi una responsabilità esclusiva del medesimo nosocomio senza il necessario coinvolgimento, su impulso di quest'ultimo, dell'operatore sanitario, autore materiale della *malpractice*. E ciò in ragione del concorso della responsabilità contrattuale con quella aquiliana che è frequente anche nel nostro sistema dove, peraltro, con la novella del 2017 è stata disegnata un'autonoma responsabilità del medico non ricompresa, nella sua interezza, nell'ambito dell'obbligazione assunta dalla struttura sanitaria.

La dottrina appena richiamata rinviene altresì il fondamento della rivalsa nell'obbligazione solidale *ex art. 2055 c.c.* che intercorre tra la struttura ed il suo preposto a prescindere dal titolo contrattuale, extracontrattuale o da contatto sociale sul quale si fonda la responsabilità di ciascuno di essi considerato che, sul punto, anche la giurisprudenza è orientata ad applicare la disciplina della solidarietà risarcitoria a prescindere dal titolo della responsabilità di ognuno dei coobbligati¹⁹.

Una volta individuati i tratti caratterizzanti dell'obbligazione solidale tra preposto e preponente, che consenta a quest'ultimo di agire in via di regresso (o di rivalsa) nei confronti del primo, ci si domanda altresì se, oltre a tale strumento di tutela, la struttura sanitaria possa, in concorso, ovvero in alternativa, far valere un'autonoma azione di risarcimento del danno da inadempimento del preponente nei confronti dell'ausiliario.

Se così fosse le conseguenze sarebbero di non poco rilievo, in quanto l'ulteriore forma di tutela a beneficio della struttura sanitaria non sarebbe soggetta ai termini, alle modalità e ai limiti del risarcimento che caratterizzano la disciplina speciale della rivalsa in questione, dovendosi, invece, tener conto esclusivamen-

soggettivo, all'illecito dannoso dell'ausiliario»; ID., Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalsa", cit., 376.

¹⁹ Sul punto, ancora, D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 772; più in generale, a proposito della neutralità del titolo della responsabilità di ciascun coobbligato ai fini della solidarietà, cfr., ID., *Le obbligazioni plurisoggettive*, nel *Trattato Cicu Messineo*, già diretto da Mengoni e continuato da Schlesinger, Roppo e Anelli, Milano, 2019, 40 ss.; in questo senso, ancor prima, ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 77, il quale afferma: «... l'unicità del titolo non è un elemento necessario alla definizione di solidarietà. L'«eadem causa obligandi» si risolve in una nota della fattispecie, mentre la solidarietà è un effetto: l'«equivalenza delle prestazioni»». In argomento cfr. altresì PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, cit., 524 ss.; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 138 ss.; in giurisprudenza, a proposito dell'operatività della solidarietà risarcitoria a prescindere dal titolo sul quale si fonda la responsabilità di ciascuno dei coobbligati, cfr. Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 445; Cass., 13 luglio 2010, n. 16391; Cass., 20 novembre 2012, n. 20322, in *Foro it.*, 2013, I, 1256.

te delle ordinarie regole della responsabilità contrattuale quale è pacificamente quella che deriva dal rapporto dell'ausiliario nei confronti del proponente.

In proposito, un Autore²⁰ muove la sua ricostruzione da una questione lessicale distinguendo l'azione di regresso da quello di rivalsa e attribuendo alla prima un fondamento legale e natura contrattuale all'altra.

Su queste basi, per la verità non particolarmente convincenti per le ragioni che saranno illustrate nel prosieguo, la medesima dottrina qualifica l'azione *ex art. 9* della novella come una vera e propria *rivalsa* avente natura contrattuale che consentirebbe alla struttura di far valere un'autonoma azione da inadempimento nei confronti del medico convenzionato. Il medesimo Autore²¹ conclusivamente propende però per il rifiuto di una simile interpretazione fondandosi essenzialmente sullo spirito della riforma del 2017 volto ad alleggerire la posizione del medico in un'ottica riequilibratrice del rapporto tra quest'ultimo e il paziente danneggiato²².

4. Il dolo o la colpa grave dell' esercente l'attività sanitaria

Il proposito del legislatore della novella di bilanciare attraverso la rivalsa, da un lato, la necessità di concentrare il carico della responsabilità in capo alla struttura con l'esigenza di evitare, dall'altro lato, che ciò – con l'esercizio dell'azione – si ripercuota integralmente in capo al medico, trova un primo riscontro normativo nel disposto del comma 1 dell'art. 9. Tale disposizione, infatti, limita il diritto della struttura sanitaria – ovvero dell'assicurazione che a

²⁰ Così PARTENZA, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 526 ss., il quale, pur qualificando esattamente l'azione in questione come regresso e non già come rivalsa (cfr. *ultra* par. 8), ipotizza la possibile coesistenza dell'azione *ex art. 9* della novella con un'azione contrattuale da inadempimento, osservando: «... non si può escludere – al momento – anche una seconda interpretazione, ovvero: l'azione definita dall'art. 9, seppur impropriamente chiamata *rivalsa*, avrebbe natura di regresso in quanto troverebbe la sua fonte (e diremo anche i suoi contenuti sostanziali) nella legge de qua, e quindi – per la casa di cura privata – ben potrebbe coesistere anche un'azione contrattuale da inadempimento nei confronti del medico convenzionato».

²¹ Così ancora PARTENZA, *op. ult. cit.*, 527.

²² Sulla funzione riequilibratrice della novella nel rapporto medico/paziente si rimanda ad ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Alpa, 228; ID., *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, 729; in argomento si veda altresì CALVO, *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, cit., 1555; nonché MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *www.iuscivile.it*, 2015, 21.

quest'ultima si è surrogata – all'esercizio della rivalsa soltanto in caso di dolo o colpa grave del medico.

Si tratta di uno sbarramento, di natura eminentemente soggettiva, che innova sensibilmente rispetto al passato se si considera che in precedenza un filtro siffatto interveniva esclusivamente nell'ambito della sanità pubblica ovvero, in relazione alla sanità privata, per il solo rapporto di lavoro subordinato regolato dai contratti collettivi nazionali²³.

Con la novella del 2017, dunque, fatta salva la differente giurisdizione, si registra, in punto di disciplina, una sostanziale equiparazione della posizione del medico incardinato nella sanità pubblica con il personale sanitario operante nel settore privato, senza che per tale categoria sussista più neppure il limite del rapporto di lavoro dipendente regolato dal contratto collettivo nazionale²⁴.

Agli occhi dell'interprete si profila, dunque, un regime normativo a se stante i cui confini devono ricercarsi nell'appartenenza dei suoi naturali fruitori al settore dell'attività sanitaria in qualunque forma essa venga esercitata.

Dalla necessità che il destinatario della rivalsa abbia agito con dolo o quantomeno con colpa grave deriva la non marginale conseguenza che qualunque illecito ascrivibile a colpa lieve dell'esercente l'attività sanitaria, pur concretando la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., dovrà considerarsi irrilevante ai fini del diritto di regresso della struttura sanitaria (pubblica o privata) nei confronti del medico²⁵.

²³ Sul punto cfr. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 774, il quale sottolinea la novità apportata dall'art. 9 a proposito del limite del dolo o della colpa grave non soltanto per i rapporti di lavoro subordinato di natura pubblicistica, ma altresì per qualsivoglia forma di collaborazione, non necessariamente scaturente da un rapporto di lavoro subordinato, tra il medico e la struttura sanitaria privata; nello stesso senso cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 148, il quale ritiene che sarebbe stato più opportuno equiparare la disciplina in questione a quella prevista dalla legge n. 312/80 per il personale docente, non docente, direttivo ed educativo delle scuole statali che esclude la legittimazione passiva diretta del personale scolastico nelle azioni promosse dai terzi e limita il regresso dell'Amministrazione ai soli casi di dolo o colpa grave.

²⁴ In argomento v. PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, cit., 528, il quale sottolinea l'equiparazione tra struttura sanitaria privata e quella pubblica operata dal legislatore della novella a proposito del limite soggettivo del dolo o della colpa grave ai fini della rivalsa; per i rapporti tra la rivalsa in sede civile e quella per la quale vige la giurisdizione della Corte dei Conti, v. TENORE, *L'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti*, cit., 477 ss.; sul regime di specialità che anche in relazione alla azione di rivalsa contraddistingue la legge n. 24/2017, v. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 176 ss.

²⁵ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 774, il quale sottolinea che tale opzione di specialità deriva dalla preoccupazione del legislatore di alleggerire la responsabilità del medico; in argomento cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa nei con-*

Le questioni che scaturiscono dalla limitazione di natura soggettiva introdotta dal legislatore della novella sono, quindi, molteplici.

Emerge, in primo luogo, il proposito di coordinare, almeno in relazione alla rivalsa, la responsabilità civile con quella penale (*ex art. 6*) attraverso il *trait d'union* della colpa lieve che è insufficiente ai fini del sorgere della prima e nel contempo esclude altresì l'altra rendendo non punibile l'operato del medico sempreché siano state rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee guida²⁶.

Inoltre, la rilevanza della sola colpa grave del medico affinché egli sia legittimato passivamente al regresso esercitato dalla struttura sanitaria fa riaffiorare il modello codicistico della responsabilità del professionista intellettuale il quale – come è noto – risponde, ai sensi dell'art. 2236 c.c., solo in caso di dolo o colpa grave quando sia stato chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà.

In proposito, in passato la giurisprudenza, di merito e di legittimità, è più volte intervenuta sulla questione della responsabilità del professionista intellettuale (e – in particolare – del medico) limitata alle ipotesi di colpa grave e di dolo statuendo che in tal caso deve aversi riguardo esclusivamente al grado di perizia dell'operatore sanitario in presenza di problemi di speciale difficoltà, ma valutando qualunque altro comportamento che esula da quell'ambito particolare secondo il criterio della diligenza ordinaria²⁷.

fronti dell'esercente l'attività sanitaria, cit., 142, il quale esclude che la nozione di colpa grave introdotta dal legislatore della novella possa identificarsi con la colpa grave *ex art. 2236 c.c.*, caratterizzata dalla necessità di valutare se la prestazione medica presenti problemi tecnici “di particolare difficoltà”. A parere dell'A., infatti, la colpa grave medica dovrà necessariamente valutarsi, «... alla luce della rilevanza che normativamente assumono le linee guida e le buone pratiche clinico assistenziali»; sul punto cfr. altresì, nello stesso senso, COSTANZA, *Colpa grave fra esonero ed imputazione di responsabilità*, cit., 143 ss.; *Contra*, BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. Impr.*, 2018, 1284 ss.

²⁶ Sulla irrilevanza della colpa lieve ai fini della punibilità in sede penale, si rimanda ad ALEO, *La responsabilità penale per l'errore sanitario*, in ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *op. cit.*, 197 ss.

²⁷ A proposito della restrittiva interpretazione della giurisprudenza in ordine all'esenzione del professionista da responsabilità per colpa lieve ai sensi dell'art. 2236 c.c., in dottrina, si veda CALVO, *La “decontrattualizzazione” della responsabilità sanitaria*, cit., 6 ss.; sul punto cfr. altresì VOLPE, *Introduzione*, *ivi*, cit., XII; l'esenzione del professionista, dalla responsabilità per colpa lieve ha indotto la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589) a statuire che «... il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica»; in argomento cfr., altresì, GORGONI, *Colpa lieve per inosservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimen-*

Ciò ha determinato un eccessivo restringimento dell'area dei problemi tecnici di speciale difficoltà, con un consequenziale confinamento delle ipotesi di insussistenza di responsabilità del medico in ragione della sua colpa lieve a casi assai sporadici se non addirittura eccezionali.

Le nuove regole della responsabilità sanitaria rappresentano, pertanto, l'occasione per la giurisprudenza – così come ha invocato a gran voce la dottrina²⁸ – per rielaborare la categoria ed i confini della colpa lieve che fino ad oggi non sono stati adeguatamente identificati in occasione dei rari interventi giurisprudenziali in materia.

L'ormai inconfutabile natura aquiliana della responsabilità del medico non potrà che indurre la giurisprudenza, che con l'avvento della legge Balduzzi si era mostrata alquanto restia ad accettare il “ritorno” alla regola dell'art. 2043 c.c., a dismettere i modelli della “colpa presunta” del “contatto sociale” e della “vicinanza della prova”²⁹, per ridisegnare più nitidamente i confini della colpa lieve facendo ricorso al criterio della gradualità della colpa di matrice extracontrattuale.

5. I termini e le modalità per l'esercizio dell'azione

Il comma 2 dell'art. 9 della novella del 2017 indica altri due necessari presupposti ai fini dell'esercizio dell'azione di rivalsa, entrambi di carattere og-

to del danno, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 173 ss.; nello stesso senso v. anche Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, in *Dir. giust.*, 2000, 51; per la conforme giurisprudenza di merito cfr. Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 984, con nota di LEPRE, *La responsabilità della casa di cura privata per i danni cagionati al paziente dal medico ivi operante*; tale orientamento giurisprudenziale ha trovato la critica di FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 310 ss.; in argomento v. anche CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 135 ss.

²⁸ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 774; sul punto cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente l'attività sanitaria*, cit., 143, il quale ipotizza che la giurisprudenza accerterà la colpa grave ogniqualvolta «... il medico: i. non si attenga alle linee guida o alle buone tecniche clinico-assistenziali; ii. si attenga alle linee guida o alle buone tecniche clinico assistenziali, quando esse non risultino adeguate alla specialità del caso concreto; iii. si attenga alle linee guida o alle buone tecniche clinico-assistenziali, ma dando attuazione alle stesse con macroscopiche negligenze»; in argomento ID., *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2015, 881 ss.

²⁹ Per il principio del “contatto sociale” si rimanda alle precedenti note (4) e (13); per una critica al principio della “vicinanza della prova” si veda BUSNELLI, *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 461 ss.; per una persistente vitalità dell'art. 2236 c.c. nonostante i nuovi scenari disegnati dal legislatore della novella, v., invece, BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, cit., 1284, ss., spec. 1314.

gettivo. Il primo consiste nell'osservanza del termine, espressamente qualificato come decadenziale, di un anno dal pagamento del danneggiato per la proposizione dell'azione. Il secondo implica, invece, il preventivo risarcimento del paziente sulla base del titolo giudiziale o stragiudiziale ogniqualvolta l'operatore sanitario non sia stato parte del giudizio risarcitorio. Oltre al rispetto del suddetto termine annuale di decadenza, la struttura, così come le compagnie assicurative che ne assicurano l'attività ex art. 10, commi 1 e 2, devono, altresì, ai sensi dell'art. 13 della novella, entro il termine di quarantacinque giorni (così prorogato, rispetto a quello di dieci giorni previsto dalla novella del 2017, dall'art. 11 della legge 11 gennaio 2018, n. 3), comunicare al medico l'avvenuta instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal paziente ovvero l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato medesimo³⁰.

Come sarà più diffusamente evidenziato in seguito la regolamentazione del giudizio di rivalsa si differenzia a seconda che il medico abbia partecipato o meno al giudizio risarcitorio. Qualora ci sia stato tale coinvolgimento nulla osta alla proposizione anche istantanea della domanda di rivalsa nei suoi confronti. In caso contrario, invece, la struttura sanitaria dovrà attendere la conclusione del giudizio risarcitorio ovvero provvedere ad acquisire il titolo stragiudiziale attestante l'avvenuto soddisfacimento del danneggiato prima di poter dare impulso alla domanda di rivalsa. La questione nodale che nasce dalla lettura della disposizione del comma 2 dell'art. 9 della novella consiste nell'apurare, in considerazione della diversità della disciplina della rivalsa a seconda della partecipazione o meno del medico al giudizio risarcitorio, come debba essere inteso esattamente l'inciso normativo, riferito proprio all'esercente, «... *se non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale del risarcimento del danno*» al fine di appurare se il medico che non sia stato convenuto dal danneggiato nel giudizio risarcitorio possa essere chiamato in causa su istanza della struttura sanitaria.

Alcuni³¹, facendo leva sul presupposto del preventivo integrale risarcimen-

³⁰ In argomento si vedano HAZAN, CINELLI, *Il coinvolgimento dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio e nelle trattative*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Gelli-Hazan-Zorzit, 631 ss., spec. 633, i quali ritengono che la partecipazione dell'esercente al contenzioso sia opportuna al fine di contribuire al miglior chiarimento dei fatti, ma anche per monitorare le possibili conseguenze a suo danno dell'esito di eventuali conciliazioni il cui peso economico egli potrebbe finire per sopportare; sulla natura del termine di un anno di cui all'art. 9, comma 2, v. PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in *Resp. medica*, 2017, 366 ss.

³¹ Di quest'opinione D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 775, il quale ritiene che la preclusione alla chiamata in causa del medico quando quest'ultimo non

to del danneggiato, escludono che la struttura sanitaria abbia la facoltà di chiamare in causa il medico prima di aver assolto a tale incumbente. A tali conclusioni la dottrina in esame giunge evidenziando che proprio la necessità di aver preventivamente soddisfatto il danneggiato impedirebbe alla struttura di domandare l'autorizzazione alla chiamata nel processo risarcitorio del medico qualora quest'ultimo non sia stato convenuto su iniziativa dell'attore danneggiato.

Da ciò deriverebbe – secondo l'opinione in rassegna – non soltanto che il nosocomio debba attendere la conclusione del giudizio risarcitorio prima di poter agire in via di rivalsa, ma che, in ogni caso, l'azione debba essere proposta nel rispetto del termine di un anno dal pagamento in favore del danneggiato.

All'opinione in questione che, negando alla struttura il diritto di chiamare in causa l'operatore sanitario ogniqualvolta quest'ultimo non sia stato convenuto dal paziente, sembra attribuire in via esclusiva al danneggiato medesimo – attore nel giudizio risarcitorio – il potere di designare la qualità di parte del processo soltanto ai soggetti che egli stesso coinvolge in quel giudizio, si contrappongono differenti soluzioni prospettate dalla dottrina.

Alcuni Autori³², infatti, ritengono che la differente disciplina dell'azione di rivalsa nell'ipotesi in cui il medico sia stato fin dall'origine parte del giudizio risarcitorio (art. 9, comma 3) debba indurre a ritenere inammissibile che, nel caso inverso di mancato coinvolgimento nel processo dell' esercente, questi non possa divenire parte a seguito della chiamata in causa ad opera della struttura. A suffragio di quest'opinione viene invocato l'obbligo del nosocomio di comunicare al medico l'avvenuta instaurazione del giudizio risarcitorio (art. 13) dal quale si desume l'intento legislativo di consentire l'intervento volontario in causa dell' esercente *ex art.* 105 c.p.c.. E ciò a conferma che la sua facoltà di divenire parte del processo non deriva soltanto dall'iniziativa di co-

sia stato convenuto dal danneggiato nel giudizio risarcitorio darà luogo ad una significativa frequenza di giudizi di rivalsa "esterni" su impulso della struttura sanitaria.

³²In senso favorevole alla chiamata in causa del medico nel giudizio risarcitorio *ex artt.* 106 e 269 c.p.c. su richiesta della struttura sanitaria, si veda MARTINI, *La responsabilità della struttura sanitaria per le condotte dolose o colpose dei medici (art. 1228 c.c.): responsabilità diretta o per fatto altrui?*, in ALEO, D'AGOSTINO, DE MATTEIS, VECCHIO, *op. cit.*, 146 ss., il quale ritiene che «... la soluzione più conforme agli interessi della struttura potrebbe essere quella di chiamare in causa il medico senza spiegare domande nei suoi confronti, attraverso una chiamata non innovativa». E ciò al fine di sfruttare l'effetto del giudicato nel successivo giudizio di rivalsa soltanto quando la medesima struttura si sia ritrovata soccombente nel giudizio risarcitorio; sul punto cfr. anche TIGANO, *La responsabilità amministrativa dei sanitari dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., *ivi*, 325 ss., il quale dà per scontato il coinvolgimento del sanitario nel giudizio risarcitorio su impulso della struttura nell'ipotesi in cui soltanto quest'ultima sia stata convenuta dal paziente danneggiato.

lui che dà impulso al giudizio risarcitorio, ma, al contrario, possa scaturire anche dall'esigenza del terzo in possesso di un proprio interesse dipendente dal titolo dedotto in causa, ovvero dall'impulso del convenuto principale che viene autorizzato dal giudice alla chiamata del terzo (ex artt. 106 e 269 c.p.c.)³³..

6. I rapporti tra giudizio risarcitorio e giudizio di rivalsa

Contrariamente a quanto accade ogniqualevolta il medico sia stato parte del giudizio risarcitorio, la sua mancata partecipazione a quel processo implica che il successivo (eventuale) giudizio di rivalsa attivato su impulso della struttura si contraddistingua per la completa autonomia, sostanziale e processuale, dalla fase risarcitoria.

Oltre alla successione cronologica tra azione risarcitoria e azione di rivalsa prescritta dal comma 2 dell'art. 9 («... *soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale*»), dalla lettura del successivo comma 3 si desume la preferenza del legislatore della novella per una differente regolamentazione del diritto di regresso della struttura quando il medico non abbia partecipato al procedimento risarcitorio.

In tal caso, infatti, la sentenza relativa al risarcimento del danno non fa stato nel giudizio di rivalsa. Pur se, *prima facie*, la scelta del legislatore della novella potrebbe apparire come una deroga ai principi generali, diretta alla salvaguardia dell' esercente ed in linea con la *ratio legis* dell'intera disciplina speciale, essa in realtà evoca il generale principio della relatività del giudicato ex art. 2909 c.c. i cui effetti – come è noto – si producono esclusivamente in capo alle parti del processo, ai loro eredi e aventi causa³⁴.

³³ Si tratta dell'opinione di PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente l'attività sanitaria*, cit., 146, il quale altresì osserva che: «... qualora il legislatore avesse inteso escludere la legittimazione passiva del medico, anche soltanto in via di rivalsa, sarebbe stata dettata un'espressa previsione normativa, come disposto, ad esempio, nel caso dell'insegnante di scuola pubblica» (ex art. 61 della legge n. 312/1980); sulla pacifica facoltà per la struttura sanitaria di domandare la chiamata in causa del medico, cfr. anche COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in *Iudicium*, 2017.

³⁴ In proposito la dottrina si è espressa in senso pressoché unanime evidenziando, stante il principio della relatività del giudicato, la superfluità della previsione dell'art. 9, comma 3 nel punto in cui essa prevede che la decisione in ordine al risarcimento del danno non fa stato nel giudizio di rivalsa quando l'esercente l'attività sanitaria non abbia partecipato al giudizio risarcitorio; in questo senso PALADINI, *op. ult. cit.*, 146; COREA, *op. ult. cit.*, *passim.*, il quale sottolinea altresì che il divieto in questione è pacificamente desumibile da quanto previsto dall'art.

Tale inequivoco sbarramento, non certo agevole per l'assolvimento dell'onere della prova che grava sulla struttura che agisce in via di regresso, trova, peraltro, un'ulteriore rafforzamento nel divieto, in capo al giudice della rivalsa, di desumere argomenti di prova dalla fase istruttoria del giudizio risarcitorio³⁵.

A completare l'inequivoca volontà del legislatore della novella di rendere la fase risarcitoria autonoma ed indipendente da quella della rivalsa, il comma 4 dell'art. 9 prevede l'inopponibilità al medico della transazione intervenuta tra il nosocomio ed il danneggiato. Dalla lettura della disposizione, che, contrariamente a quella del precedente comma 3, trova indifferentemente applicazione a prescindere dalla partecipazione o meno del medico al giudizio risarcitorio, una parte della dottrina³⁶ ha desunto l'intento del legislatore della novella di voler ricondurre il rapporto di preposizione *ex art. 1228 c.c.* che intercorre tra la struttura sanitaria ed il medico al generale principio in materia di obbligazioni solidali secondo il quale gli effetti della transazione conclusa con uno solo dei coobbligati non si producono in capo agli altri debitori in solido sempreché non intervenga la dichiarazione di voler aderire al negozio transattivo (art. 1304 c.c.).

Di fronte al quadro normativo appena delineato, contraddistinto dalle pregnanti preclusioni che incombono sulla struttura, peraltro (quasi del tutto) assenti nella differente ipotesi in cui il medico sia stato parte del giudizio risarcitorio, si rende necessario individuare meglio i caratteri del giudizio di rivalsa

1306 c.c. a proposito della sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido; in giurisprudenza si vedano le interessanti pronunce di Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n.ri 20929, 20934, 20936, in materia di sanzioni amministrative irrogate ai sensi del t.u.b. e del t.u.f., là dove si statuisce l'opponibilità del giudicato, intervenuto nel procedimento tra l'autorità irrogante e la società sanzionata, nel giudizio di regresso intrapreso da quest'ultima nei confronti del responsabile dei fatti.

³⁵ Sul punto si veda, tuttavia, la recente Cass., 20 gennaio 2015, n. 840 che ha riconosciuto al giudice civile la facoltà di formare il proprio convincimento sulla base di prove raccolte in un altro giudizio tra le medesime parti ovvero anche fra parti diverse sempreché l'interprete giudiziale abbia fornito adeguata motivazione dell'utilizzo di quegli argomenti di prova.

³⁶ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 776, a parere del quale la regola in questione «... trova piena giustificazione atteso che la transazione postula in capo ai condebitori sacrifici che taluno dei consorti potrebbe ritenere non giustificati o convenienti»: in argomento cfr. altresì ID., *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il condebitore solidale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 308; sulla superfluità della disposizione dell'art. 9, comma 4 alla luce della regola generale dell'art. 1304 c.c. in materia di transazione del creditore con uno solo dei debitori in solido, si veda anche COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., *passim*.

al quale la struttura abbia dato impulso dopo la fase risarcitoria – giudiziale o stragiudiziale – conclusasi senza la partecipazione del medico.

In proposito è opportuno preliminarmente richiamare l'interpretazione di una parte della dottrina³⁷ che, in tema di obbligazioni solidali, ha ipotizzato un'attenuazione del principio della relatività del giudicato nell'ambito dei rapporti tra coobbligati in solido, affermando che, nonostante l'inopponibilità al condebitore in solido, ai sensi dell'art. 1306 c.c. della pronuncia resa nel giudizio tra il creditore e un altro dei coobbligati, a colui che agisce in via di regresso siano opponibili soltanto quelle eccezioni personali inerenti al condebitore estraneo alla condanna risarcitoria.

Riferendosi a tale corrente di pensiero, un Autore³⁸, all'indomani della novella del 2017, si è soffermato sui problemi nascenti dal collegamento della (nuova) disciplina speciale con la categoria delle obbligazioni solidali, distinguendo il funzionamento del giudizio di rivalsa dalle sorti di quello risarcitorio. In proposito, è stato osservato che la natura meramente esecutiva della condotta del medico preposto rispetto all'obbligazione della struttura preponente (il cui inadempimento è stato accertato nel giudizio risarcitorio) avrebbe dovuto indurre il legislatore della novella a valutare attentamente il regime delle eccezioni opponibili dall'esercente che, non avendo partecipato al giudizio risarcitorio, sia stato convenuto in via di rivalsa su iniziativa della struttura ovvero, in via surrogatoria, dell'assicurazione di quest'ultima. Più in particolare la nuova disciplina – a parere dell'opinione in esame – avrebbe dovuto mostrarsi maggiormente sensibile a quelle istanze, già emerse in sede di interpretazione delle disposizioni generali dedicate ai rapporti interni fra coobbligati in solido, dirette ad attenuare sia il principio dell'inopponibilità del giudicato reso nel giudizio al quale non ha partecipato il convenuto in via di regresso sia il regime delle eccezioni opponibili da quest'ultimo all'attore che agisce in rivalsa.

Tuttavia, la medesima dottrina³⁹, di fronte all'esplicito dettato del comma 3

³⁷ Così BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 436 ss.; ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., 253 ss.; sul punto v. anche, DELLA PORTA, *Delle obbligazioni in solido. Artt. 1292-1313, Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014, 139 ss.; nonché D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., 213 ss.; più in particolare, per la distinzione fra "eccezioni personali" ed eccezioni strettamente personali, si rimanda a RUBINO, *Delle obbligazioni, obbligazioni alternative – obbligazioni in solido – obbligazioni divisibili e indivisibili*, nel *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, 179 ss.

³⁸ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 777.

³⁹ Così, ancora, D'ADDA, *op. ult. cit.*, 776, il quale ritiene che «... a ben vedere, una simile soluzione si rivela coerente con quella "di base", con cui l'art. 7 ha definito la natura della responsabilità, rispettivamente, della struttura sanitaria e del medico» evidenziando altresì

dell'art. 9, ha preso atto della scelta del legislatore della legge speciale diretta a rendere totalmente autonomo il giudizio risarcitorio da quello di rivalsa, con la conseguenza che quest'ultimo dovrà essere il teatro di una rivalutazione integrale della posizione dell'operatore sanitario.

Più in particolare, il medico, convenuto in via di rivalsa senza aver in precedenza preso parte al giudizio risarcitorio, non soltanto non potrà essere destinatario degli effetti della pronuncia resa in quel processo, ma in sede di rivalsa egli potrà opporre alla struttura sanitaria sia, naturalmente, le eccezioni personali attinenti al proprio rapporto con quest'ultima, ma anche le medesime eccezioni mosse al danneggiato dal nosocomio nel giudizio risarcitorio pur se le stesse non hanno trovato accoglimento in quel processo⁴⁰.

Da ciò emerge, dunque, come sarà evidenziato anche nel prosieguo, un giudizio di rivalsa nei confronti del medico che non ha partecipato al processo risarcitorio contraddistinto, in virtù delle ridondanti e talora perfino superflue preclusioni normative dirette ad impedire qualunque interferenza con il giudizio risarcitorio, dalla più completa autonomia rispetto al procedimento che ha portato al soddisfacimento del danneggiato, con la conseguenza che nessuna delle circostanze emerse in quella sede e, tantomeno gli accertamenti in punto di diritto, possono incidere sul processo decisionale del giudice.

7. La misura della rivalsa

Nell'ottica già evidenziata di voler conciliare, da un lato, l'esigenza di coinvolgere la responsabilità medica in capo alla struttura sanitaria e, dall'altro lato, di consentire a quest'ultima di rivalersi, comunque, nei confronti dei propri ausiliari senza però mai snaturare il primo dei due obiettivi, il legislatore della novella ha introdotto un ulteriore limite oggettivo alla rivalsa nella disciplina specificamente dedicata al risarcimento del danno da liquidarsi in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato contro la struttura sanitaria privata ovvero nei confronti dell'assicurazione di quest'ultima che ha agito in via surrogatoria.

che il più rigoroso accertamento della colpa grave o del dolo quale presupposto della responsabilità da fatto illecito del medico impedisce di fare affidamento sulla pronuncia del giudizio risarcitorio al quale ha partecipato esclusivamente la struttura sanitaria.

⁴⁰ In argomento si vedano BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, cit., 283 ss., nonché BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 217 ss.; in argomento cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente l'attività sanitaria*, cit., 141 ss.

L'art. 9, comma 6, così come modificato dall'art. 11, comma 1, lett. c) della legge 11 gennaio 2018, n. 3⁴¹ prevede, infatti, che la misura della rivalsa non possa superare la somma «... *pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale*» dell'esercente l'attività sanitaria durante il periodo in cui ha avuto inizio la condotta realizzativa dell'evento.

Tale disposizione che pur se, rispetto all'originaria formulazione, eleva il tetto massimo del risarcimento stabilendo che la triplicazione del reddito del medico si computi tenendo conto del suo maggior valore complessivo e non già soltanto della componente rappresentata dalla retribuzione lorda, introduce un'evidente limitazione quantitativa all'ammontare delle somme da corrispondersi alla struttura (ovvero all'assicurazione che agisce in surrogazione di quest'ultima) a titolo di risarcimento del danno da rivalsa. L'operatività dello sbarramento in questione, che, attraverso l'analogo comma 5 dell'art. 9, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il medico sia incardinato in una struttura sanitaria pubblica, implica, tuttavia, la sussistenza di specifici presupposti.

Il primo, di natura eminentemente soggettiva, coincide con la necessità che l'esercente abbia agito con colpa grave, con esclusione, quindi, del tetto massimo di risarcimento nel caso di dolo del medico. L'altro, di carattere oggettivo, implica che il medico non svolga all'interno della struttura sanitaria, l'attività professionale di cui all'art. 10, comma 2, della novella.

L'opinione prevalente in dottrina⁴² a proposito della regolamentazione delle questioni inerenti la misura della rivalsa nel rapporto interno tra la struttura ed il medico libero professionista propende per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 2055 c.c.

⁴¹ In Gazz. Uff. n. 25 del 31 gennaio 2018, il testo precedente dell'art. 9, comma 6, legge n. 24/2017 era, invece, il seguente: «*pari al valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda*»; la formulazione del testo della norma, fin dalla sua originaria versione, mostra analogie con la disciplina introdotta dalla legge n. 18/2015 in materia di responsabilità civile dei magistrati che, ai fini della rivalsa in caso di colpa grave del magistrato, prevede espressamente che essa «... *non può superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio*»; per una critica alla misura della rivalsa nella responsabilità medica, v. RODOLFI, *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, in *Il civilista*, 2017, 64.

⁴² Si veda, in proposito, D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, ecc., cit., 778; di questo avviso sembra anche PAZIENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, cit., 538, il quale si pone il problema della copertura assicurativa del medico estesa al dolo e alla colpa grave; sul punto anche COSTANZA, *Colpa grave fra esonero e imputazione*, cit., 145, la quale riconduce la *ratio* della disposizione all'esigenza di contestare la "medicina difensiva" evidenziando una «... *scoloritura di una esposizione del medico almeno nel quadro della responsabilità risarcitoria alla quale si contrappone una inclinazione verso una più severa responsabilità penale*».

Riferendosi, in particolare, al criterio della gravità della colpa (art. 2055, comma 2) e alla presunzione di eguale misura delle singole colpe (art. 2055, comma 3), un Autore⁴³ evidenzia che, avvalendosi di tali regole nell'ambito della responsabilità sanitaria, le prospettive di un soddisfacimento integrale della pretesa risarcitoria della struttura nei confronti del proprio ausiliario si rivelano piuttosto limitate. E ciò sia perché nell'ipotesi in cui dal medico destinatario della rivalsa che non abbia contribuito in via esclusiva alla causazione dell'evento dannoso – magari, perché si è trattato di un intervento realizzato in *equipe* – non potrà mai attingersi, proprio per le concause derivanti dal contributo di altri sanitari coautori della *malpractice*, il 100% del risarcimento (già corrisposto dalla struttura al paziente danneggiato), sia perché in molti casi il danno potrebbe essere originato anche dalla concorrente inadeguatezza del nosocomio resosi parzialmente o totalmente inadempiente alle proprie obbligazioni derivanti dal contratto di ospedalità.

L'opinione in esame, pur manifestando la propria preferenza per il ricorso alla disciplina di cui all'art. 2055 c.c. piuttosto che per l'attribuzione alla struttura di un diritto al risarcimento del danno da inadempimento nei confronti del medico libero professionista⁴⁴, conclude evidenziando, pertanto, che l'attore in via di rivalsa potrà ambire ad un risarcimento integrale di ciò che egli ha già corrisposto al danneggiato qualora egli riesca a dimostrare – accollandosene, naturalmente, il relativo onere – non soltanto la sussistenza della colpa grave esclusivamente in capo al medico destinatario dell'azione (qualora il sinistro sia derivato da un lavoro di *equipe*), ma anche l'estraneità dell'efficienza dei servizi di ospedalità riferibili alla struttura nella causazione dell'evento.

⁴³ Così, ancora, D'ADDA, *op. ult. cit.*, 779; nonché ID., *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalsa"*, cit., 347; in senso contrario sembra esprimersi PALADINI, *op. ult. cit.*, 144, il quale osserva «... deve ritenersi che l'art. 7, comma 3°, legge 24/2017 (come già in precedenza l'art. 3, comma 1°, legge Balduzzi) costituisca un'eccezione alla regola dell'irrelevanza del grado della colpa nella quantificazione del risarcimento, ma un'eccezione consentita e legittima sia sul piano costituzionale sia su quello sistematico».

⁴⁴ Così, sempre, D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., 778; sulla possibile esperibilità dell'ordinaria azione per il risarcimento del danno da inadempimento v., invece, le precedenti note (20) e (21); in argomento cfr., altresì, MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 132 ss.

8. Conclusioni

Terminata l'analisi della disciplina e delle principali questioni oggetto del dibattito dottrinale, si rende ora opportuno tracciare le linee di un'ipotesi ricostruttiva della figura.

Dall'esame complessivo dell'impianto normativo, acquista preliminarmente rilievo sotto il profilo metodologico appurare se e (soprattutto) in che misura la nuova disciplina rivesta carattere di specialità rispetto alle regole generali. Soltanto al termine di tale indagine potrà, infatti, ipotizzarsi, in sede interpretativa, un allontanamento più o meno netto dalle categorie generali.

In proposito si osserva che la novella, fin dalla sua titolazione (*disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*), rivela la sua naturale destinazione soltanto nei confronti di predeterminate categorie di soggetti.

Sembra, infatti, inconfutabile che essa si rivolga esclusivamente, da un lato, al fruitore delle prestazioni sanitarie sotto qualsiasi forma esse siano erogate (il paziente) e, dall'altro lato, alle persone fisiche o giuridiche – pubbliche o private – che esercitano l'attività sanitaria.

Della tendenza del legislatore ad intervenire *motu proprio* ovvero in attuazione di direttive comunitarie per disciplinare, specie attraverso l'emanazione di leggi speciali, soltanto l'attività di alcune specifiche categorie di soggetti esistono – come è noto – svariati esempi. Si pensi, nell'ambito del recepimento di direttive comunitarie, alla legge n. 52/1996 attuativa della direttiva CE 93/13 in materia di clausola vessatorie nei contratti stipulati tra il professionista ed il consumatore ovvero, per esclusiva iniziativa del legislatore interno, alla disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali attraverso il r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e successive modificazioni, dedicata esclusivamente agli imprenditori commerciali. Si tratta, in entrambe le ipotesi, di complessi normativi la cui deroga ai principi generali dell'ordinamento trova giustificazione nella primaria esigenza di regolamentare le vicende di categorie di soggetti alle quali la disciplina è destinata in via esclusiva.

La novella del 2017, rivolgendosi soltanto ai fruitori delle cure mediche e agli esercenti l'attività sanitaria, rientra in tale tipologia di disposizioni. Con la conseguenza che la sua interpretazione deve essere animata dall'intento di giustificare il frequente allontanamento dai principi generali proprio in funzione della protezione delle specifiche categorie di soggetti a beneficio dei quali essa è stata coniata.

In quest'ottica si rende altresì necessaria una precisazione di natura terminologica a proposito del significato del termine “*rivalsa*” adoperato all'art. 9

dal legislatore della novella. Si tratta, a ben vedere, di un vero e proprio diritto di regresso *ex art. 1299 c.c.*. E ciò non già alla luce della distinzione, invero non condivisibile, tra la presunta natura contrattuale del regresso e la natura legale della rivalsa prospettata da una parte della dottrina esaminata in precedenza⁴⁵, ma esclusivamente perché l'azione in questione, che esula inequivocabilmente dalla rivalsa assicurativa in senso stretto (proprio in quanto in questo caso la legittimazione dell'assicuratore è meramente eventuale e opera soltanto in via surrogatoria), corrisponde esattamente al potere che il condebitore in solido può esercitare nei confronti di ciascuno degli altri coobbligati dopo aver soddisfatto interamente il creditore.

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

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

Dalla lettura del combinato disposto degli artt. 7 e 9 della novella e, in particolare, dall'esplicito richiamo all'art. 1228 c.c., emerge con chiarezza che la posizione della struttura rispetto all' esercente, destinatario dell'azione di rivalsa esperita da quest'ultima, debba necessariamente identificarsi con la relazione intercorrente tra il preponente ed il preposto disciplinata dalle norme dedicate alla responsabilità per fatto degli ausiliari⁴⁶.

⁴⁵ PARTENZA, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 526 la cui opinione è stata esaminata precedentemente nel par. 3, nota (20); in linea con quanto si sostiene nel testo cfr., invece, PARI, *L'azione di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa*, cit., 366; così anche COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, cit., 1470; sulla qualificazione dell'azione come regresso si è espresso favorevolmente anche D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit.; in argomento cfr., altresì, CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, cit., a cura di Alpa, 369, il quale mostra perplessità di fronte all'ipotetica qualificazione della rivalsa come "garanzia impropria".

⁴⁶ In proposito è opportuno evidenziare la necessaria diversità di *ratio* e di disciplina a seconda che il rapporto di preposizione rilevi ai fini della responsabilità contrattuale del debitore (1228 c.c.) – come accade nel corso della presente indagine – ovvero per accertare la responsabilità aquiliana di quest'ultimo (art. 2049 c.c.); in argomento si rimanda all'analisi di D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, cit., 365, il quale osserva che «... nel primo caso, l'attività dell'ausiliario è perfettamente incardinata sul programma obbligatorio originario (...), nel secondo caso, invece, la condotta dannosa (...) non ha ad oggetto la mancata (od inesatta) esecuzione dell'obbligazione assunta dal committente verso un creditore; piuttosto lo svolgimento delle mansioni si rivela pregiudizievole per un soggetto terzo»; neppure la figura del preposto può dirsi univoca dovendo, al contrario, ritenersi che la nozione di ausiliario ex

In linea con i caratteri del rapporto di preposizione tracciati dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza⁴⁷, non certo limitati ad una rigida subordinazione dell'ausiliario rispetto al preponente, nella novella si ravvisa il proposito di estendere l'area di responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente e, conseguentemente la possibilità della prima di agire in via di rivalsa nei confronti dell'esercente, ad una serie di fattispecie avulse dal nesso di subordinazione, ma tutte in grado di ricondurre eziologicamente l'operato del medico all'attività del nosocomio.

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

In proposito, proprio i caratteri di quel negozio atipico – esattamente individuati dalla giurisprudenza di legittimità come un insieme composto di prestazioni che oltre alla cura del paziente comprende anche l'efficienza dell'organizzazione ospedaliera, il funzionamento delle attrezzature degli impianti, il vitto e le sistemazioni logistiche⁴⁸ – devono indurre ad interpretare la disposizione di cui all'art. 7, comma 2 in modo tale che, nel rispetto della sua indubbia specialità ed in ragione della sua natura imperativa espressamente prevista dal successivo comma 5, essa possa applicarsi soltanto alle fattispecie specificamente contemplate. Con la conseguenza che dovrà escludersi la responsabilità della struttura per il fatto dei propri ausiliari ogniqualvolta la posizione

art. 1228 c.c. debba interpretarsi più estensivamente rispetto a quella del commesso *ex art. 2049 c.c.*; in questo senso v. ampiamente BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1979, 458; nonché D'ADDA, *Sub. art. 1228 c.c.*, cit., 336.

⁴⁷ In proposito, ferma la distinzione di cui alla precedente nota (46) fra commesso ed ausiliario, per l'individuazione dei caratteri di quest'ultima categoria si rimanda al precedente par. 2 nota (9); in giurisprudenza v. Cass. 6 giugno 2014, n. 12833 e Cass., 30 settembre 2014, n. 20457.

⁴⁸ Sul contratto di ospedalità v. *infra* par. 2 spec. nota (10); in argomento cfr. altresì CONTEVICIANI, *Sulla responsabilità civile della struttura sanitaria*, cit., 278, i quali, nell'ottica di una responsabilità nascente dal contratto, ritengono che «... in simili contesti il compito dell'interprete consisterà nella valutazione eziologica, non tanto della singola condotta del medico, bensì della "deficienza organizzativa" nel suo insieme»; in giurisprudenza cfr. Cass., 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, in *Foro it.*, 2015, I, 999; Cass., 22 settembre 2015, n. 18610.

dell'operatore sanitario, pur indirettamente riconducibile all'organizzazione del nosocomio, non rientri tra le attività espressamente previste dalla disposizione in esame come, ad esempio l'ipotesi in cui il rapporto medico – paziente sia sorto indipendentemente rispetto all'utilizzo – da parte del professionista – di spazi e macchinari messi a sua disposizione dalla struttura che, tuttavia, non abbia mai interagito con il fruitore della prestazione⁴⁹.

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

In proposito, in linea con l'opinione della miglior dottrina⁵⁰, deve attribuirsi natura contrattuale al rapporto di preposizione in qualunque forma esso si manifesti in quanto la riconducibilità, anche indiretta, del preposto all'organizzazione del preponente implica sempre un vincolo di natura negoziale da elevarsi ad elemento essenziale della categoria considerata.

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

È bene evidenziare, infatti, che attraverso la rivalsa il legislatore della novella ha voluto regolamentare il rapporto interno tra la struttura ed il medico,

⁴⁹ Sulla natura imperativa delle disposizioni dell'art. 7 si veda ALPA, *Dal medico all'equipe, alle strutture, al sistema*, cit., 231; il quale, tuttavia, nell'ipotesi di attività svolta *in intramoenia*, nonostante essa sia espressamente prevista dall'art. 7, comma 3, ritiene che sussista una responsabilità aquiliana del medico; a proposito della regolamentazione delle attività non riconducibili alla previsione dell'art. 7, comma 2, v. anche l'opinione di CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 505, già esaminata nel precedente par. 2 nota (11) che ha trovato le critiche di MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco, ecc.*, cit., 133, nel punto in cui viene ripercorso il pensiero di ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 1999, 331 ss.

⁵⁰ Così BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 96 ss., il quale ritiene che così come il debitore è responsabile dei mezzi materiali impiegati nell'adempimento, allo stesso modo egli è responsabile delle persone che utilizza nell'impresa; nello stesso senso si veda altresì BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 379, il quale, pur non facendo leva su un giudizio di responsabilità ai fini dell'imputazione al debitore del fatto dell'ausiliario, ricostruisce il dettato dell'art. 1228 c.c. fondandosi sulla posizione strumentale del cooperatore come soggetto di cui l'obbligato si avvale per adempiere l'obbligazione; in senso contrario si veda, invece, CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. it.*, XXI, 1990, 7, il quale rinviene nella disposizione di cui all'art. 1228 c.c. una responsabilità di natura aquiliana derivante dalla violazione degli obblighi di protezione; in argomento, in giurisprudenza, a proposito della responsabilità dell'organizzatore di viaggio, si veda Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14837, in *Danno e resp.*, 2008, 993, con nota di LAGHEZZA, *Contratto di viaggio, sinistro stradale, limiti alla responsabilità del tour operator*.

con l'intento di riequilibrare, nei limiti dettati dall'art. 9 della novella, i risultati dei differenti regimi di responsabilità ai quali, nel rapporto esterno con il paziente, soggiacciono i due protagonisti del rapporto di preposizione.

Ne consegue che, proprio in linea con i propositi del legislatore della novella, debba escludersi una integrale concentrazione – in capo alla struttura sanitaria – della responsabilità nei confronti del paziente, dal momento che la medesima struttura, entro i limiti della disciplina dettata dall'art. 9, potrà sempre rivalersi – in ragione del rapporto di preposizione – nei confronti del proprio ausiliario dopo aver soddisfatto integralmente le pretese del paziente danneggiato. Ciò trova origine in una obbligazione solidale che, dal lato esterno, nei confronti del comune creditore (il paziente danneggiato), vede come coobbligati – seppur con titolo diverso – il medico che risponde in via aquiliana del suo operato e la struttura, responsabile, invece, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. Con la conseguenza che il diritto di regresso, esercitato dal nosocomio nei confronti del proprio ausiliario, non incontrerà alcuno sbarramento derivante dal regime di responsabilità del c.d. doppio binario nei confronti del comune creditore considerato che, alla luce del dettato degli artt. 1292 e 1293 c.c., in tali ipotesi la solidarietà non subisce alcuna alterazione di sorta nonostante le differenti modalità cui sono tenuti i singoli coobbligati⁵¹.

È opportuno, infatti, evidenziare che la nozione di obbligazione solidale implica esclusivamente la presenza della medesima prestazione (affinché l'adempimento di uno degli obbligati possa liberare tutti gli altri), ma non già *l'eadem causa obligandi* né, tantomeno, l'unicità del titolo formale. Al contrario, la pluralità di fonti, pur rendendo autonomi i rapporti che ne derivano, non impedisce l'attuazione dell'obbligazione secondo le regole della solidarietà quando i debiti diversi siano funzionalmente collegati a soddisfare un interesse del creditore patrimonialmente unitario⁵².

⁵¹ Per l'analisi del concetto di “*medesima prestazione*” si rimanda alle parole di ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 58, il quale, in proposito, afferma: «... essa è “*medesima*” non in quanto tutti siano tenuti al medesimo comportamento, ma perché ciascun comportamento è idoneo a realizzare l'interesse del creditore, estinguendo l'obbligazione»; in quest'ottica anche D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., 29, (nota 71), il quale, peraltro, riferendosi alla disposizione di cui all'art. 1293 c.c., sottolinea che «... in realtà la norma è oggetto di letture differenti, e la dottrina classica, per salvaguardare i presupposti strutturali della solidarietà, ne ha sempre fornito una lettura riduttiva»; il carattere solidale dell'obbligazione in esame implica, naturalmente, che il paziente, sia pure in modo improbabile, possa agire direttamente nei confronti dell'operatore sanitario, piuttosto che far valere la sua pretesa verso la struttura, dovendo, in tal caso, adeguarsi alle regole (specialmente quelle relative alla distribuzione dell'onere della prova e della prescrizione) in materia di responsabilità aquiliana.

⁵² In questo senso, RUBINO, *Obbligazioni in solido*, cit., 134; GRASSO, *Surrogazione legale*

In quest'ottica, la struttura, pertanto, a prescindere dal differente titolo di responsabilità che il paziente vanta nei suoi confronti rispetto ai caratteri della pretesa che lo stesso danneggiato potrà far valere verso il medico, potrà agire sempre – in via di rivalsa – *ex contractu* verso quest'ultimo pur se, in tal caso, la regola generale di cui all'art. 1218 c.c. dovrà adattarsi ai limiti della speciale disciplina dell'azione di regresso introdotta dalla novella. Ciò conseguentemente implica che, trattandosi, per le ragioni evidenziate in precedenza, di una speciale azione di regresso e non già di una rivalsa⁵³, il nosocomio, in assenza dei presupposti imprescindibili di cui all'art. 9 della novella, non potrà beneficiare della tutela ordinaria per far valere la propria pretesa derivante dall'inadempimento del debitore nelle vesti di ausiliario. Una simile conclusione poggia non soltanto su ragioni sistematiche fondate sullo spirito della riforma del 2017, volto ad alleggerire la posizione del medico, ma ancor prima sulla esplicita deroga della *lex specialis* alla *lex generalis* che, alla luce dell'art. 9, intercorre tra la disciplina della rivalsa (*rectius* del regresso) introdotta dalla novella rispetto alle regole generali della responsabilità del debitore per inadempimento⁵⁴.

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

In particolare, oltre alla necessità di un rapporto di preposizione (nel senso già chiarito in precedenza) tra il nosocomio ed il proprio ausiliario⁵⁵, quest'ultimo dovrà aver agito con dolo ovvero con colpa grave. Per l'individuazione dei caratteri della colpa grave è auspicabile un urgente intervento chiarificato-

e solidarietà, in *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, 99; nonché DELLA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, cit., 12; in giurisprudenza cfr. Cass., 13 luglio 2010, n. 16391 che testualmente statuisce: «... la solidarietà di cui all'art. 1292 c.c. sussiste non già quando unica sia la fonte dell'obbligazione, ma quando più soggetti siano tenuti ad eseguire la medesima prestazione»; nello stesso senso si veda altresì Cass., sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, che, a proposito dell'obbligazione solidale nascente dalla fideiussione, analizza il collegamento fra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria evidenziando l'individualità soggettiva e oggettiva che caratterizza ciascuna di esse; sul punto cfr. anche Cass., 18 marzo 2005, n. 5971.

⁵³ Cfr. *infra* la precedente nota (45).

⁵⁴ Per i principi animatori della novella si veda ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria*, cit., 729; nonché VOLPE, *Introduzione*, in AA.VV., *op. cit.*, a cura di Volpe, XII; sulla funzione derogatoria della legge speciale si rimanda a IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1998.

⁵⁵ Cfr. *infra* nota (47).

re della giurisprudenza che ne tracci con maggiore esattezza i confini, abbandonando l'attuale equazione, oggi quanto mai inadeguata, tra colpa grave e attività che implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà.

La necessità, da un lato, di distinguere tra colpa lieve e colpa grave e, dall'altro lato, la natura aquiliana attribuita dalla novella alla responsabilità del medico nei confronti del paziente, dovrebbero, infatti, indurre ad abbandonare i limiti della colpa grave *ex art. 2236 c.c.* introdotti dalla giurisprudenza per attingerne, invece, i tratti identificativi tenendo conto maggiormente dell'elemento soggettivo dell'illecito civile⁵⁶.

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

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

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

L'esplicita previsione dell'inammissibilità nel caso di mancato rispetto di tale sbarramento temporale implica, infatti, analogamente a quanto accade per gli altri due presupposti oggettivi appena esaminati, che anche il termine di quarantacinque giorni abbia natura perentoria e costituisca una delle condizioni di procedibilità dell'azione⁵⁷.

⁵⁶ A proposito dei caratteri della colpa grave, per la giurisprudenza, v. *infra* par. 4 nota (27) nonché, in dottrina, VOLPE, *Introduzione*, cit., XII, il quale, riferendosi agli effetti della decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria, parla di «... *scretolamento dell'originaria portata dell'art. 2236 c.c.*»; sui criteri per l'individuazione della colpa grave v. anche CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, cit., 373, il quale richiama il canone penalistico fondato sulla misura dell'allontanamento dell'autore del fatto dal modo in cui avrebbe agito l'agente ideale. L'A. evidenzia, inoltre, la «... *nessità di compiere un giudizio di esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte dell'esercente la professione sanitaria*», con la conseguenza che «... *la colpa potrà quindi essere giudicata grave o meno in base ad alcune situazioni che in concreto possono condizionare quel giudizio*». La tesi in questione, tuttavia, non convince appieno se si considera che la novella, nel rispetto della tradizione, ha mostrato di non seguire un criterio universale, valido sia sotto il profilo civilistico che penalistico, a proposito della irrilevanza (o meno) della colpa lieve.

⁵⁷ Sulla natura perentoria del termine in questione v. HAZAN-CINELLI, *Il coinvolgimento dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio e nelle trattative*, cit., 631 e ss.; in argomento cfr. altresì PALADINI, *L'azione di rivalsa*, cit., 147; COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica*, cit.; CALLIPARI, *L'azione di rivalsa*, cit., 371.

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

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

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

Nonostante le indubbe preclusioni all'esercizio dell'azione prevista dalla disciplina speciale, non convince, tuttavia, l'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 9, commi 2 e 3, prospettata da una parte della dottrina⁵⁸ nel punto in cui si nega alla struttura il diritto di chiamare in causa il medico al fine di estendere a quest'ultimo gli effetti del giudizio risarcitorio ogniqualvolta l'esercente non sia stato convenuto dal paziente danneggiato. Deve, al contrario, ritenersi che tale coinvolgimento sia possibile essenzialmente per due ordini di ragioni.

La prima si fonda sul dato testuale della disposizione in quanto l'inciso di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9 della novella («*se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio*») non implica che l'attribuzione della

⁵⁸ D'ADDA, *Solidarietà e riverse nella responsabilità sanitaria*, cit., 775, la cui opinione è stata già esaminata nella precedente nota (31); il medesimo autore giunge a tali conclusioni pur condividendo la soluzione della rivalsa alla luce dell'impossibilità di una «... *meccanica sovrapposizione tra programma obbligatorio originario e sua esecuzione*» (così D'ADDA, *Ausiliari responsabilità solidale e "rivalsa"*, cit., 376).

qualità di parte del processo sia eccezionalmente demandata all'attore in via esclusiva.

Nell'ipotesi in cui il danneggiato che dà impulso al giudizio risarcitorio non abbia convenuto anche il medico (come verosimilmente accadrà stante soprattutto le controindicazioni inerenti l'onere della prova), infatti, quest'ultimo potrà entrare a far parte del processo secondo le regole ordinarie. E, quindi, non soltanto attraverso la chiamata in causa del terzo *ex artt.* 106 e 269 c.p.c. su istanza della struttura convenuta, ma anche, in virtù di un intervento per ordine del giudice *ex art.* 107 c.p.c. ovvero, almeno astrattamente, anche in ragione dell'intervento volontario su iniziativa del medesimo medico ai sensi dell'*art.* 105 c.p.c.⁵⁹.

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

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

⁵⁹ In proposito pur in mancanza di una definizione normativa di "*parte del processo*", deve ritenersi che il legislatore della novella, all'*art.* 9 comma 2°, abbia utilizzato tale espressione facendo riferimento al concetto di "*parte in senso processuale*" al quale la miglior dottrina (GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 257) riconduce la posizione di colui che abbia proposto la domanda ovvero sia destinatario della stessa anche a seguito dell'intervento disposto dal giudice o, comunque, da quest'ultimo autorizzato su richiesta di una delle parti originarie; in senso favorevole alla chiamata in causa del medico v. anche PALADINI, *L'azione di rivalsa*, cit., 147, il quale ritiene che l'obbligo di comunicazione, in capo alla struttura sanitaria, previsto dall'*art.* 13 sia funzionale all'eventuale intervento volontario in causa del medico che, tuttavia, l'A. ritiene non consigliabile perché potrebbe stimolare sia la domanda risarcitoria da parte del danneggiato sia la rivalsa della struttura sanitaria; in senso favorevole alla domanda di rivalsa nel *simultaneus processus* risarcitorio, v. COREA, *I profili processuali della nuova legge*, cit.; nonché MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., 771.

In particolare, ciò emerge sia dall'espressa previsione dell'inopponibilità della sentenza pronunciata nel giudizio risarcitorio in applicazione del principio della efficacia relativa del giudicato *ex art. 2909 c.c.*, sia dalla impossibilità di far valere nei confronti del medico la transazione intervenuta con il danneggiato inquantoché anche tale divieto si armonizza con la regola, in materia di obbligazioni solidali, secondo la quale gli effetti della transazione conclusa da uno solo dei coobbligati in solido non si estendono agli altri condebitori che non hanno partecipato al negozio transattivo (art. 1304 c.c.)⁶⁰.

Deve perciò condividersi l'opinione di chi⁶¹, dopo aver sottolineato il carattere esecutivo della condotta del medico (convenuto in via di rivalsa) rispetto all'obbligazione della struttura auspicava che il legislatore della novella, al fine di salvaguardare maggiormente il nosocomio consentisse a quest'ultimo di estendere più agevolmente al medico – in sede di rivalsa – le sorti del giudizio risarcitorio nonostante la mancata partecipazione dell'operatore a quel procedimento. E ciò introducendo un'attenuazione del principio della relatività del giudicato derivante dal giudizio risarcitorio nonché la limitazione delle eccezioni opponibili alle sole eccezioni personali spettanti al condebitore estraneo alla condanna risarcitoria.

Deve, però, prendersi atto che ciò non è accaduto, ma che, anzi, dalla nuova disciplina traspaia inequivocabilmente l'intento di voler ridurre ulteriormente le prospettive di un riequilibrio interno nell'assetto degli interessi tra la struttura ed il medico suo ausiliario quando quest'ultimo non abbia partecipato al giudizio risarcitorio. Il richiamo, talvolta sovrabbondante, al mantenimento dei principi generali, senza l'innesto di deroghe dettate dalla specialità delle categorie dei destinatari della novella, offre un quadro del giudizio di rivalsa che, ogniqualvolta il medico non abbia partecipato al precedente giudizio risarcitorio, si contraddistingue per la sua completa autonomia rispetto a quel procedimento e dove il giudice sarà libero di rivalutare *ex novo* la vicenda risarcitoria, senza l'incidenza, neppure indiretta, delle risultanze acquisite in

⁶⁰ Il carattere sovrabbondante, perché già previsto dall'art. 2909 c.c., della previsione dell'inopponibilità del giudicato del giudizio risarcitorio così come la superfluità della disposizione che impedisce di far valere la transazione (intervenuta tra la struttura sanitaria ed il danneggiato) nei confronti del medico in quanto applicazione del principio di cui all'art. 1304 c.c. trova la dottrina pressoché unanimemente concorde: si vedano in proposito gli AA. citati alle precedenti note (57) e (58).

⁶¹ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse*, cit., 776, nota (32), il quale osserva «... sicché si potrebbe anche dubitare dell'inopponibilità al medico di una pronuncia che ha avuto ad oggetto proprio l'accertamento della difettosa esecuzione della sua prestazione, con conseguente condanna *ex art. 1228*, quindi per un fatto riconducibile esattamente alla condotta del medico ausiliario».

precedenza pur se inerenti alla medesima fattispecie. Ciò non può far altro che ridurre ulteriormente le prospettive di rivalsa della struttura sanitaria la quale, infatti, oltre ad incontrare le già esaminate limitazioni ai fini della proposizione dell'azione, non potrà utilizzare gli elementi a sé favorevoli emersi nel giudizio risarcitorio del quale il medesimo nosocomio ha già sopportato in via esclusiva tutti gli oneri.

In relazione alla misura della rivalsa, invece, la disciplina contenuta nei commi 5 e 6 dell'art. 9 rivela la sua evidente impronta di specialità non soltanto per quanto attiene al tetto massimo del risarcimento, ma anche a proposito dei presupposti soggettivi e oggettivi necessari per poter beneficiare di tale sbarramento quantitativo⁶².

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

Una delle questioni più dibattute attiene all'esclusione dei medici liberi professionisti dal beneficio dei limiti risarcitori introdotti dalla novella. In proposito si osserva che, pur trattandosi di un privilegio quantomeno discutibile, specialmente se parametrato alle ipotesi di lavori realizzati in *equipe* in cui la ripartizione tra più soggetti del complessivo ammontare del risarcimento alleggerisce ulteriormente la posizione del singolo sanitario, l'esclusione del libero professionista dal trattamento in questione rivela, comunque, un'ingiustificata disparità a suo danno⁶³.

Così come il legislatore della novella ha espressamente ricondotto, ai sensi del comma 2 dell'art. 7, le prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione all'attività per la quale la struttura sanitaria risponde *ex artt.* 1218 e

⁶² In argomento si rinvia al precedente par. 7; in proposito deve altresì constatarsi che il legislatore della novella ha voluto introdurre, anche per la misura della rivalsa, una serie di deroghe ai principi generali dettate dal regime di specialità della nuova disciplina sempre con il proposito di attenuare, in relazione alla posizione del medico, le conseguenze sfavorevoli della fase risarcitoria. Di contro, il medesimo legislatore ha evidentemente preferito allinearsi ai principi generali confermandone, anche in termini – talvolta – sovrabbondanti, l'applicazione ogniqualvolta la struttura sanitaria possa trarre un qualche vantaggio dalla deroga.

⁶³ Ne consegue che per il libero professionista sarà applicabile il generale criterio di cui all'art. 2055 c.c., senza tener conto dei limiti risarcitori di cui all'art. 9, comma 6, non potendosi ipotizzare, come rileva esattamente D'ADDA (*op. ult. cit.*, 778), un'ordinaria azione di risarcimento del danno su impulso della struttura sanitaria.

1228 c.c., allo stesso modo la disciplina speciale avrebbe dovuto coerentemente estendere i benefici inerenti la misura della rivalsa anche al libero professionista di cui la struttura si avvale.

Venendo infine ai criteri inerenti la ripartizione del risarcimento del danno nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico destinatario dell'azione di rivalsa, non può che condividersi l'impostazione, seguita dalla dottrina prevalente⁶⁴, che richiama il criterio della gravità della colpa di cui all'art. 2055 c.c. In proposito è opportuno rilevare, tuttavia, che tale disposizione, pur collocata nella disciplina generale dedicata all'illecito civile, deve applicarsi tenendo conto della sua portata generale riferibile a qualunque obbligazione risarcitoria prescindendo, quindi, dalla natura del rapporto interno intercorrente tra i coobbligati. Ne consegue, pertanto, che il criterio della gravità della colpa da utilizzare nella fattispecie in esame non sarà idoneo a dubitare della natura contrattuale della responsabilità del medico preposto nei confronti della struttura sanitaria alla quale è riconducibile il suo operato.

⁶⁴ Così, ancora, D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, cit., 377; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco*, cit., 176, ss.; PARTENZA, *op. ult. cit.*, 525; in argomento, più in generale, si rimanda a ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 150; riaffiora, quindi, anche in sede di ripartizione del *quantum* del risarcimento tra i coobbligati, l'importanza del concetto di gravità della colpa per il quale si rimanda alla precedente nota (55); sul carattere neutrale del titolo di ciascuno dei coobbligati ai fini della solidarietà risarcitoria, si vedano le precedenti note (51) e (52).