

**MARTINI RODOLFI VIVORI  
AVVOCATI ASSOCIATI**

STUDIO: 20121 MILANO – VIA TURATI, 32 – TELEF. 0243998058 (4 LINEE R.A.) – FAX 0243998065  
E – MAIL: [info@mrvlaw.it](mailto:info@mrvlaw.it) – SITO: [www.mrvlaw.it](http://www.mrvlaw.it)  
PARTITA IVA 12874280154

**ANALISI FUNZIONALE E PRATICA DELLA LEGGE N. 24 DELL'8  
MARZO 2017 SULLA RC PROFESSIONALE SANITARIA**

**PREMESSA**

Quasi quattro anni di lavori parlamentari (il primo DDL fu presentato il 15 marzo 2013), approfondimenti, istanze, emendamenti e dibattiti in commissione ed in aula hanno portata alla promulgazione della Legge n.24 dell'8 marzo 2017 che a lungo ricorderemo come un provvedimento di riscrittura radicale e complesso di una materia giuridica a grande impatto sociale e che avrà una ricaduta su tutti i profili che caratterizzano la realtà sanitaria nel nostro Paese.

La proposta di legge si proponeva il non semplice compito di riequilibrare una realtà giuridica, sociale ed economica da più fonti disegnata come critica e distorta.

Si allude alla realtà principalmente giudiziaria delle controversie legate alla responsabilità dei medici per errori professionali, governata per molti anni dal diritto vivente reso dalle corti superiori ed incanalato verso una responsabilità contrattuale sempre e comunque riferibile all'operatore sanitario, anche a quello "strutturato" all'interno della azienda sanitaria.

Da più parti e in più studi era segnalato il fenomeno, strettamente collegato, di un progredire statistico delle controversie civili contro i medici, con parallelo incremento dei volumi risarcitori e, con essi, dei costi di reperibilità sul mercato delle idonee

coperture assicurative atte a proteggere il patrimonio dei medici convenuti sempre più spesso nel contenzioso settoriale.

La collocazione della responsabilità del sanitario all'interno della filiera della colpa contrattuale, generava quindi uno sbilanciamento processuale del medico rispetto al paziente sul piano dell'onere probatorio e, per profilo di autodifesa del professionista che spesso, determinava il ricorso a quella "medicina difensiva" che costituisce un percorso di adozione di protocolli terapeutici e diagnostici atti a preconstituire una ampiezza di strumenti difensivi (spesso superflui nei fatti) in previsione di possibili contestazioni future sulle opzioni cliniche adottate di volta in volta dal professionista. Non si deve aver timore nel rammentare che tutto l'impianto della legge 24 è pensato nell'ottica sia di riequilibrare quello che era inteso come uno sbilanciamento giuridico a sfavore del professionista medico, sia di decentrare, per così dire, la domanda risarcitoria verso altri soggetti patrimonialmente più solidi, come la stessa azienda sanitaria e le imprese di assicurazione che la normativa fresca di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale si propone di coinvolgere sempre più nel meccanismo risarcitorio. Come e se tali obiettivi saranno raggiunti saranno due importanti passaggi a dirlo: i futuri decreti attuativi dei quali la legge necessita per andare a pieno regime e, soprattutto, quella che registreremo come la futura giurisprudenza interpretativa dei numerosi aspetti critici e conflittuali che la novella sembra, fin in questa fase embrionale, porre all'attenzione dell'interprete.

Rimanendo nel contesto della finalità di legge di decentrare la posizione processuale del medico, certamente in questa direzione sono da registrare le norme centrali della legge: gli articoli 6 e 7 che propendono per un alleggerimento della posizione giudiziaria penale e civile del medico, con la non punibilità per imperizia del medico allineato ai canoni comportamentali scientifici, nel primo caso, e con la non più equivocabile riconduzione della colpa del sanitario nell'ambito più protettivo della responsabilità contrattuale, per effetto dell'articolo 7, comma III.

Analogamente, in tale direzione è da leggere la struttura fortemente delimitativa dell'azione di rivalsa verso l'operatore sanitario disciplinata nell'articolo 9 della legge 24/2017.

Anche la struttura del nuovo obbligo assicurativo a carico delle aziende sanitarie pubbliche e private (disciplinato all'articolo 10) e l'onere per le stesse di contrarre (al comma I) idonee garanzie a favore dell'operatore sanitario strutturato, è tesa a decentrare l'azione di responsabilità verso soggetti finanziari protettivi per il professionista.

Certamente, il provvedimento qui in esame e la presenza dell'assicuratore fin dalle battute iniziali della controversia (si pensi all'obbligo di partecipazione attiva all'ATP ex art. 696 bis, nuova condizione di procedibilità del giudizio prevista all'articolo 8 della legge) è indice di questa finalità socioprotettiva e riparatoria del danno deviata verso soggetti professionali ad alta potenzialità tecnica e finanziaria.

Quella che segue è, dunque, l'analisi ragionata del testo di Legge e si compone di una prima parte che costituisce la struttura di insieme del testo approvato ed una seconda

che analizza articolo per articolo le principali novità introdotte nella disciplina della responsabilità civile e penale sanitaria e nel contesto dell'obbligo assicurativo, distinguendo tra norme immediatamente esecutive e cogenti e norme per le quali andrà attesa la decretazione amministrativa delegata.

## **PARTE I: STRUTTURA DEL PROVVEDIMENTO**

### Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie

#### **Entrata in vigore: 1 aprile 2017**

#### I Sezione di garanzia e sicurezza

Artt. 1 – 4

- Art. 1 Sicurezza delle cure in sanità
- Art. 2 Attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente
- Art. 3 Istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità
- Art. 4 Trasparenza dei dati

#### II Sezione Responsabilità

Artt. 5 – 7

- Art. 5 Modalità di adozione e applicazione delle “Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”
- Art. 6 Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria
- Art. 7 Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria

#### III Sezione procedurale

Artt. 8 – 9

- Art. 8 Tentativo obbligatorio di conciliazione e condizione di procedibilità dell'azione civile di risarcimento del danno da colpa sanitaria
- Art. 9 Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa

#### IV Sezione assicurativa

Artt. 10 – 14

- Art. 10 Obbligo di assicurazione
- Art. 11 Estensione della garanzia assicurativa
- Art. 12 Azione diretta del soggetto danneggiato

- Art. 13 Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità
- Art. 14 Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria

#### V Sezione tecnico medico-legale

- Art. 15 Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria

#### VI Disposizioni finali

Artt. 16 – 18

### **PARTE II: ANALISI DEI SINGOLI ARTICOLI**

#### Art. 1 (“Sicurezza delle cure in sanità”)

Articolo immediatamente applicabile.

E' una norma che amplia la nozione di diritto alla salute, nel senso che la “sicurezza delle cure” diventa una “parte costitutiva del diritto alla salute” (che, ricordiamo, è un diritto costituzionalmente tutelato dall’art. 32 della Costituzione) “perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività”.

Aggiunge che all’attività di “prevenzione del rischio” è tenuto a concorrere “tutto il personale” delle strutture sanitarie e sociosanitarie “pubbliche e private”, ivi compresi i “liberi professionisti che operano in regime di convenzione con il SSN.

Ad una prima lettura non pare esservi alcun impatto pratico di tale normativa né sul piano commerciale né sul piano dei sinistri.

Non possiamo nascondere tuttavia il fatto che un diritto alla salute ampliato anche dal “diritto alla sicurezza delle cure”, potrebbe essere interpretato in modo rigoroso dalla giurisprudenza nei confronti delle strutture sanitarie e degli operatori sanitari ed in favore del paziente danneggiato.

In altre parole il danneggiato potrebbe agire tutte le volte in cui abbia visto violato tale “nuovo” diritto (si pensi, a mero titolo di esempio, alle infezioni nosocomiali avvenute pur in presenza di adeguati controlli).

#### Art. 2 (“Difensore Civico Regionale o Provinciale e Centri Regionali per la gestione del rischio”)

Articolo non immediatamente applicabile per la parte relativa al Difensore.

Articolo non immediatamente applicabile per la parte relativa ai Centri Regionali.

L'art. 2 prevede che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano "possono affidare" all'ufficio del Difensore Civico "la funzioni di Garante per il diritto alla salute", disciplinandone "la struttura organizzativa ed il supporto tecnico".

Il Difensore Civico potrà essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o a mezzo di un proprio delegato, per "le segnalazioni di disfunzioni del sistema di assistenza sanitaria e sociosanitaria".

Laddove il Difensore dovesse verificare la "fondatezza della segnalazione", interverrà a tutela del diritto leso "con i poteri e le modalità stabilite dalla legislazione regionale".

E' altresì prevista, presso ogni Regione, l'istituzione di un "Centro per la Gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente", che raccoglierà i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmetterà semestralmente, mediante procedura telematica unificata a livello nazionale, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità istituito dall'art. 3.

Non vediamo alcun impatto pratico di tale normativa sul piano commerciale.

Anche sul piano dei sinistri non dovrebbe avere alcun impatto, se non per la possibile presenza in futuro di richieste risarcitorie che vengano trasmesse dal Difensore Civico, la cui figura, allo stato, è ancora del tutto nebulosa, dal momento che la Legge demanda al legislatore regionale ogni regolamentazione di tale istituto.

### Art. 3 ("Osservatorio Nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità")

Articolo non immediatamente applicabile.

L'art. 2, per l'appunto, prevede che con decreto del Ministero della Salute, da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, venga istituito presso l'Agenzia Nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas), un Osservatorio Nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità.

Tale Osservatorio acquisirà dai Centri Regionali di cui all'art. 2 i dati regionali relativi ai rischi ed agli eventi avversi, alle cause, all'entità, alla frequenza ed all'onere finanziario del contenzioso.

Dovrà altresì predisporre "linee di indirizzo", con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni di cui all'art. 5, individuando "idonee misure" per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario ed il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza nelle cure, oltre che per la formazione e l'aggiornamento del personale sanitario.

Nessun impatto pratico attuale di tale normativa, né sul piano commerciale né su quello dei sinistri.

Se l'Osservatorio entrasse a regime, invece, è evidente che i dati elaborati da tale istituto sarebbero di grandissima utilità per l'attività commerciale della Compagnia, consentendo anche agli attuari una corretta valutazione dei rischi da assumere.

#### Art. 4 ("Trasparenza dei dati")

Articolo immediatamente applicabile.

L'art. 4 è dedicato alla Trasparenza dei dati, nel senso che, richiamata la normativa sulla Privacy di cui al D. Lgs. 30.06.2003 n. 196 (Codice sulla Privacy), è previsto l'obbligo per la direzione sanitaria delle strutture sanitarie, sia pubbliche che private, di fornire la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente "entro sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto".

Eventuali "integrazioni" potranno essere fornite "in ogni caso, entro il termine massimo di trenta giorni dalla presentazione della richiesta".

Le strutture sanitarie, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge, dovranno adeguare i propri regolamenti interni.

Sul sito Internet delle strutture (pubbliche e private), inoltre, dovranno essere resi disponibili i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio.

Normativa che può impattare sia per il lato commerciale (conoscere tutti i dati relativi ai risarcimenti erogati dalle strutture dell'ultimo quinquennio può davvero consentire una corretta valutazione del rischio da parte della Compagnia) sia per il lato sinistri (in quanto i documenti sanitari dovranno essere messi a disposizione in tempo rapidissimo da parte delle strutture sanitarie)

#### Art. 5 ("Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee-guida")

Articolo non immediatamente applicabile, se non per la parte relativa al richiamo alle "buone pratiche clinico-assistenziali".

L'art. 5 stabilisce che gli esercenti le professioni sanitarie nell'esercizio di tutte le loro attività (preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale) devono attenersi "salve le specificità del caso concreto" alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ed aggiornate con cadenza biennale.

In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti dovranno attenersi alle "buone pratiche clinico-assistenziali".

Le linee guida verranno elaborate da "enti ed istituzioni pubbliche e private nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con Decreto del Ministero

della Salute da pubblicare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”.

Il Decreto dovrà prevedere i requisiti e le modalità di costituzione e di iscrizione nell’elenco di tali società scientifiche ed associazioni.

Le linee guida e gli aggiornamenti di tali linee guida dovranno essere “integrate” nel Sistema Nazionale per le Linee Guida (SNLG), il quale verrà disciplinato con Decreto del Ministero della Salute da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

L’Istituto Superiore di Sanità Pubblica pubblicherà sul proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti indicati dal SNLG “previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni”.

Normativa che non ha alcun impatto attuale sulla Compagnia.

Una volta che dovesse entrare in vigore tutto quanto previsto dal Disegno di Legge, indubbiamente, la regolamentazione dell’attività degli esercenti le professioni sanitarie dovrebbe dare più certezza alla copertura assicurativa dei singoli medici, con impatto sia sotto il profilo commerciale che sotto quello dei sinistri.

E’ anche vero che occorrerà ricordarsi comunque della necessità di tener conto delle “specificità del caso concreto”.

Questo a dire che gli esercenti la professione sanitaria non dovranno dare per scontato che il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche costituisca automaticamente e sempre un’esonazione da responsabilità.

#### Art. 6 (“Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria”)

Normativa non immediatamente applicabile, se non per la parte relativa alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Il Legislatore prevede una norma speciale in ambito penale, introducendo l’art. 590 sexies nel Codice Penale, dedicato espressamente alla “Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario” che statuisce quanto segue: “Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 (omicidio colposo e lesioni colpose) sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l’evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

L'art. 3 primo comma della c.d. Legge Balduzzi (L. n. 189/2012) viene abrogato”.

Normativa che non ha un immediato impatto sulla Compagnia.

La “parziale” e “limitata” depenalizzazione dell'attività dell'esercente la professione sanitarie per le ipotesi di morte e lesioni commesse con imperizia quanto sono state rispettate le linee guida, a nostro sommo avviso, e contrariamente a quanto in altre sedi sostenuto, non dovrebbe avere particolari impatti, sotto il profilo assicurativo, neppure nel futuro.

Quanto riportato nella norma di legge, corrisponde infatti a quello che è stato sino ad oggi l'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte penale in materia.

Ricordiamo altresì il richiamo alle “specificità del caso concreto”.

Non possiamo dunque che ribadire come gli esercenti la professione sanitaria non dovranno dare per scontato che il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche comporti automaticamente una depenalizzazione della propria condotta (che comunque non potrà mai valere nelle ipotesi di negligenza ed imprudenza, ma solo di imperizia).

#### Art. 7 (“Responsabilità civile delle strutture e dell'esercente la professione sanitaria”).

Normativa immediatamente applicabile, salvo nella parte del terzo comma che richiama le linee guida.

Il Legislatore prevede che le strutture sanitarie o sociosanitarie (pubbliche o private che siano) risponderanno, ex artt. 1218 e 1228 del Codice Civile (e dunque contrattualmente) dell'operato degli esercenti la professione sanitaria di cui si avvalga, “anche se scelti dal paziente ed ancorchè non dipendenti delle strutture stesse”.

Tali disposizioni si applicano anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, ovvero in regime di convenzione, nonché attraverso la telemedicina.

L'esercente la professione sanitaria, invece, risponde del proprio operato ex art. 2043 c.c. (extracontrattualmente), “salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”.

Il legislatore ripropone poi la norma prevista dalla Legge Balduzzi secondo cui: “il Giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitari, ai sensi dell'art. 5 e dell'art. 590 sexies CP” (in pratica del fatto di essersi attenuto alle raccomandazioni previste dalle linee guida ed alle buone pratiche clinico-assistenziali”).

Viene altresì ribadito (era infatti già previsto dalla Legge Balduzzi) che il risarcimento del danno conseguente a medical malpractice deve essere effettuato ai sensi degli artt. 138 e 139 del CdA.

La normativa dovrebbe avere un sicuro impatto sia per il lato commerciale che per quello dei sinistri.

Sotto il profilo commerciale si dovrà tener conto del fatto che il rischio si sbilancia pesantemente sulle strutture, mentre viene alleggerita, seppure solo in parte, la posizione dei medici, ed in particolare, dei medici dipendenti delle strutture o che comunque non abbia assunto un'obbligazione contrattuale diretta con il paziente.

Sotto il profilo dei sinistri, anche in questo caso, la posizione dei singoli esercenti la professione sanitaria viene alleggerita, sia sotto il profilo dell'onere della prova che sotto quello del decorso del termine della prescrizione, mentre viene ad essere sicuramente "appesantita" la posizione delle strutture sanitarie, sia pubbliche che private.

In pratica è stato trasfuso nel nuovo testo di legge, la c.d. tesi "intermedia" adottata sino ad oggi dal Tribunale di Milano Sezione Prima Civile nell'interpretare l'art. 3 della Legge Balduzzi.

In estrema sintesi:

- La responsabilità civilistica delle strutture sanitarie (pubbliche o private) nei confronti dei pazienti sarà sempre di natura contrattuale;
- La responsabilità civilistica degli esercenti la professione sanitaria (ancorchè non dipendenti di una struttura sanitaria) nei confronti dei pazienti sarà sempre di natura extracontrattuale, salva l'ipotesi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

In pratica è stato introdotto un vero e proprio "doppio binario" di responsabilità.

Il Legislatore ha poi riproposto nella parte finale del terzo comma dell'art. 7 una frase che, in sostanza, era già contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 3 primo comma della Legge Balduzzi, ora abrogato.

Il legare la "determinazione del risarcimento" ad una determinata condotta (cioè se rispettosa o meno delle raccomandazioni previste dalla linea guida o delle buone pratiche previste dagli artt. 5 e 6 della Legge) lascia peraltro molto perplessi, tanto è vero che sino ad oggi la disposizione (identica lo ripetiamo) prevista dalla Legge Balduzzi non è mai stata applicata.

Il quarto comma dell'art. 7, infine, ripropone quasi alla lettera il terzo comma dell'art. 3 della Legge n. 189/2012.

In pratica, il danno biologico da medical malpractice (anche se, per un'evidente svista il testo letterale approvato parla solo di "danno") dovrà essere liquidato come il danno biologico in sede di responsabilità civile automobilistica, secondo quanto prescrive il Codice delle Assicurazioni.

La ratio e lo scopo di questa disposizione normativa è evidentemente quello di delimitare i costi dei risarcimenti anche nel settore della medical malpractice.

Tuttavia, come gli operatori del diritto sanno, i problemi rimangono, anche perché le tabelle di cui all'art. 138 del CdA non sono ancora state emanate.

### Art. 8 (“Tentativo Obbligatorio di Conciliazione”).

Normativa immediatamente applicabile.

Chi intende agire in giudizio civilmente con un'azione volta ad ottenere un risarcimento danni da medical malpractice deve “preliminarmente proporre ricorso ex art. 696 bis c.p.c. dinanzi al Giudice competente”.

La presentazione di tale ricorso è “condizione di procedibilità della domanda”. In tali casi, tuttavia, non si applica l'art. 5 comma 1 bis del D. Lgs. 04.03.2010 n. 28, né l'art. 3 del D. L. 12.09.2014 n. 132, convertito dalla L. 10.11.2014 n. 162.

Ove la conciliazione non riesca o il procedimento di ATP non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato presso il Giudice che ha trattato il procedimento ex art. 696 bis c.p.c., il ricorso di cui all'art. 702 bis c.p.c.

La partecipazione all'ATP è “obbligatoria” anche per le compagnie di assicurazione.

L'impresa di assicurazione: “hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di ATP, il giudice trasmette copia della sentenza all'IVASS per gli adempimenti di propria competenza”.

La mancata partecipazione all'ATP, inoltre, obbliga il giudice a condannare, con il provvedimento che definisce il giudizio, le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, “indipendentemente dall'esito del giudizio”, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore delle parte che è comparsa alla conciliazione.

La normativa non ha impatto sotto il profilo commerciale, mentre ha un impatto molto rilevante sotto il profilo dei sinistri.

In tale settore infatti bisognerà essere pronti a gestire immediatamente il ricorso per ATP che verrà promosso dal danneggiato.

La mancata partecipazione all'ATP potrà infatti comportare riflessi negativi molto pesanti, con addirittura possibili condanne, indipendentemente dall'esito del giudizio di merito.

Aggiungiamo l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento o comunque di comunicare al danneggiato i motivi della mancata offerta, con rischio, in difetto, di trasmissione degli atti all'IVASS.

In pratica, si dovrà gestire il sinistro in modo analogo a come vengono attualmente gestiti i sinistri rcauto.

L'impatto deflattivo del contenzioso dato dall'ATP preventivo, peraltro, rischia di essere ridotto dal mantenimento, in alternativa, della procedura di mediazione che, come è noto, ha avuto sino ad oggi, per molteplici ragioni, scarso successo.

### Art.9 (“Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa”)

Articolo immediatamente applicabile.

L'articolo pone importanti limiti all'azione di rivalsa verso l'esercente la professione sanitaria, disciplinando tanto il contesto pubblico quanto quello privato.

La norma pone intanto un limite al grado di colpa (solo per colpa grave o dolo) per il quale l'azione può essere svolta.

Si noti che il limite vale tanto per l'azienda che agisca in rivalsa, quanto per l'assicuratore che, pagando il danno si sia surrogato.

Importante è il limite temporale perché chi esercita l'azione decade dal diritto se non lo esercita entro un anno dall'avvenuto pagamento al danneggiato, tanto su sentenza (titolo giudiziale), quanto su transazione.

Esiste anche un limite quantitativo, perché (comma VI) la misura della rivalsa non potrà superare, in caso di colpa grave, il triplo della retribuzione lorda annua dell'esercente la professione oggetto della rivalsa stessa.

Dando corso ad una critica pressoché unanime, il nuovo testo approvato in Senato dell'art. 9 riconsegna alla giurisdizione esclusiva (e costituzionalmente tutelata) della Corte dei Conti, l'azione di responsabilità erariale per dolo o colpa grave contro l'esercente dipendente della struttura pubblica (la precedente formulazione della norma derogava a tale obbligo, conferendola invece al giudice ordinario).

Sul piano pratico, riteniamo che la norma avrà forte impatto sulla elaborazione del prodotto assicurativo a favore dei medici (soggetti a rivalsa limitata nel tempo e nell'importo) che però potranno anche essere citati direttamente con l'azienda sanitaria dal paziente, venendo così a mancare i limiti dei quali si è detto.

Il medico sarà dunque sottoposto ad una possibile tripla azione:

- Rivalsa della azienda privata o della impresa di assicurazione
- Azione diretta del paziente
- Rivalsa della Corte dei Conti

Anche sul piano della gestione sinistri la norma avrà importante impatto, nella gestione soprattutto delle rivalse attive e passive, a seconda che si garantisca la struttura privata o il medico.

AZIONE DI RIVALSA O DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

## SCHEMA RIASSUNTIVO

### A) NUOVI LIMITI AZIONE DI RIVALSA – APPLICABILI A

- CORTE DEI CONTI
- AZIENDA SANITARIA PRIVATA
- COMPAGNIA DI ASSICURAZIONE

### B) CONTENUTO DEI LIMITI

- SOLO IN CASO DI DOLO O COLPA GRAVE
- SOLO DOPO IL RISARCIMENTO DEL DANNO
- ENTRO UN ANNO DAL PAGAMENTO
- MASSIMO TRE ANNUALITA' RETRIBUTIVE LORDE (SALVO IL CASO DI AZIONE CONTRO LIBERO PROFESSIONISTA INTRA O EXTRA MOENIA)
- OBBLIGO DI COMUNICAZIONE (ENTRO DIECI GIORNI) DELLA PENDENZA DELLA LITE A PENA DI DECADENZA DELL'AZIONE DI RIVALSA (ART. 13)

### Art. 10 (“Obbligo di Assicurazione”)

Articolo non immediatamente esecutivo circa l'obbligo assicurativo in capo a strutture ed esercenti la professione sanitaria in attesa della emanazione dei decreti attuativi che dovranno prevedere:

- Determinazione delle funzioni di vigilanza in capo all'IVASS;
- Determinazione dei requisiti minimi delle coperture assicurative e le classi di rischio a cui far corrispondere i massimali minimi obbligatori;
- Determinazione delle norme di bilancio obbligatorie per le strutture che restino in autoassicurazione;
- Determinazione delle modalità di comunicazione delle coperture o delle autoassicurazioni all'Osservatorio.

La norma avrà, al momento della sua applicazione cogente per effetto della emanazione dei decreti sopra indicati, una portata diretta ed immediata nel contesto commerciale e di impostazione del rischio assicurato in termini di clausole obbligatorie.

Alcune considerazioni sull'obbligo assicurativo come introdotto dalla legge in attesa che il legislatore delegato ne determini i contenuti.

Il testo approvato al Senato contiene come detto molte importanti novità in tema di assicurazione del rischio sanitario.

La sezione più corposa, infatti, in termini di ampiezza disciplinare del provvedimento è certamente quella dedicata ai profili assicurativi tanto per le strutture, quanto per i sanitari, quanto, infine, per la salvaguardia dei diritti dei danneggiati.

Non va dimenticato che uno dei profili, anzi certamente il più celebrato, che hanno ispirato il provvedimento in argomento è quello legato alle criticità del comparto assicurativo della rc sanitaria.

Tale criticità è andata via via ampliandosi negli ultimi anni con fattori e marcatori di crisi sempre più evidenti, in termini di costo delle garanzie sul mercato, riduzione del “panel” di imprese che esercitino il ramo con ampiezza di rischi e territoriale e, infine ma non ultimo, con la forte delimitazione dell’oggetto della garanzia offerta o richiesta sul mercato, che si realizza in termini di delimitazioni negoziate per franchigie ed altre esclusioni contrattuali, temporali o sostanziali.

Se la norma ideata ed affinata in questi lunghi mesi nelle commissioni competenti ha dunque un obiettivo dichiarato, questo è certamente quello di contenere il fenomeno, molto percepito dalla classe medica, per così dire di accerchiamento, tra richieste risarcitorie dei danneggiati e difficoltà di ottenere sul mercato idonee e competitive coperture del rischio patrimoniale del professionista sanitario, sempre più esposto alle azioni tanto dei pazienti, quanto delle strutture stesse che agiscono in rivalsa.

Così, le norme che disciplinano nella legge le varie componenti dell’assicurazione della rc sanitaria sono numerose e molto articolate, al punto da risultare fin macchinose in alcuni contesti.

L’obbligo assicurativo per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private è ribadito nell’art. 10 che, al tempo stesso, concede la possibilità per le aziende sanitarie di dotarsi di “altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi”, alludendo con ciò alla possibilità di derogare all’obbligo assicurativo, ritenendo nella propria componente finanziaria di bilancio la riserva tecnica per coprire il rischio di un esborso futuro destinato al danneggiato.

Questa forma (detta di “autoassicurazione”) consentirà dunque alla struttura di non assicurarsi ma di riservare (con la quota di bilancio destinata altrimenti a coprire il costo assicurativo), nel proprio esercizio finanziario, la misura presumibilmente destinata alla spesa per il singolo sinistro non coperto altrimenti da polizza assicurativa. La novità più importante, a questo proposito, che si registra tra il testo della Camera e quello ora licenziato al Senato, sta nella previsione di una regolamentazione di queste riserve tecniche nel conto economico delle aziende, le quali dovranno (secondo quanto verrà determinato con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico) prevedere nel proprio bilancio “un fondo rischi ed un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati”.

Verrà così a crearsi una contabilità finanziaria che dovrà essere monitorata altresì attraverso le comunicazioni rese obbligatorie all’Osservatorio nazionale istituito presso il Ministero della Salute.

Questo aspetto potrà avere un riflesso anche sull’incremento della domanda di prodotti assicurativi perché diverrà più difficile (e soggetta a controllo, oltre che più complesso il profilo delle responsabilità amministrativa interna) l’attività di riservazione economica per le strutture che optino per il regime della autoassicurazione.

### Art. 11 (“Estensione della garanzia assicurativa”)

La norma appare di immediata applicazione, in quanto la sua cogenza NON è condizionata (per esempio come per il successivo articolo 12) dalla emanazione dei decreti attuativi.

Al tempo stesso la norma è esterna al corpo dell’art. 10 che prevede un obbligo assicurativo da regolamentare a livello di decretazione delegata.

La norma disciplina l’obbligo di estendere la copertura assicurativa anche a fatti antecedenti la stipula della polizza, se contratta in regime di cd “claims made”.

Anche l’articolo 11 ha subito importanti variazioni rispetto al testo approvato alla Camera, con particolare riguardo alle condizioni minime che la garanzia assicurativa contratta dalle strutture e dai medici dovrà avere, in ragione del tempo della copertura. In particolare è stato previsto che la polizza “deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all’impresa di assicurazione durante la vigenza della polizza”.

Tale disposizione amplia sensibilmente il termine così detto di retroattività per le polizze che siano regolate dal regime della clausola “claims made” (o “a prima richiesta”), vale a dire della condizione contrattuale che lega l’insorgenza del sinistro non alla commissione del fatto illecito ma, bensì, alla ricezione della prima richiesta danni da parte dell’assicurato, se tempestivamente denunciata in pendenza di copertura. Questa modifica appare allinearsi al tracciato della recentissima sentenza resa sul tema dalle Sezioni Unite della Cassazione (n.9140 del 6 maggio 2016), la quale ha richiamato tutti gli attori della materia (legislatore in primis) a disciplinare una clausola che preveda una retroattività capiente dal punto di vista della efficacia di copertura e del rischio professionale.

Evidentemente la modifica tiene conto di tale invito, prevedendo un obbligo minimo di dieci anni di retroattività, in luogo della precedente formulazione che prospettava la “possibilità” di concordare una ripresa temporale antecedente di soli cinque anni.

La norma avrà dunque un impatto nel contesto commerciale e assuntivo, ampliando la portata del rischio retroattivo e postumo, reso così obbligatorio, ed anche nell’ambito della gestione dei sinistri passivi e della valutazione delle riserve tecniche.

E’ opportuna una chiosa finale sul termine usato dalla legge quale elemento distintivo temporale della copertura.

La norma, a proposito della validità della copertura assicurativa obbligatoria in regime temporale di antecedenza decennale, condiziona la garanzia al sinistro **“denunciato all’impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza”**.

Se la norma, come altrimenti non potrebbe essere, intende disciplinare e regolare la clausola così detta “claims made” (o a prima richiesta), la condizione di validità non dovrebbe essere quella della “denuncia” all’assicuratore che è opzione concessa all’assicurato, bensì la diversa situazione della “richiesta” risarcitoria che per la prima volta il danneggiato rivolga al responsabile (azienda o professionista che sia).

La diversità è tutt’altro che di poco conto, come ben sanno i conoscitori della tecnica assicurativa contrattuale, perché tra i due momenti (prima richiesta danni e denuncia all’assicuratore) potrebbe intercorrere un lasso di tempo ancora lungo, con inevitabile sbilanciamento del regime temporale della copertura.

Non senza considerare che i soggetti demandati all’azione (richiesta danni o denuncia) sono ed hanno interessi opposti: la vittima-paziente e l’assicurato presunto responsabile.

La norma, insomma, si propone di regolare in modo cogente un singolo aspetto (la retroattività) di una clausola (che mai cita o definisce) opzionale in un contratto assicurativo (appunto, la “claims made”), confondendo però la “prima richiesta danni” del danneggiato, con la “denuncia di sinistro” dell’assicurato.

Il risultato sarebbe un contratto “ibrido” che, soprattutto, esclude in radice la unica vera condizione essenziale di una polizza allineata al regime della “claims made”: appunto al prima iniziativa della vittima che indirizzi la richiesta danni al presunto responsabile.

**L’unica interpretazione salvifica di questo pasticcio lessicale, dunque, è quella di ritenere la norma applicabile nella sola ipotesi in cui le parti concordino una copertura in regime “claims made”** (e non nella diversa condizione definita “loss occurrence”), leggendo quindi la proposizione “denuncia all’impresa” come “prima richiesta all’assicurato”.

Non crediamo, invece, che l’accezione normativa utilizzata voglia introdurre una sorta di facoltà (obbligatoriamente ammessa in contratto) per l’assicurato di denunciare all’assicuratore tutti i possibili sinistri conosciuti prima della cessazione della garanzia, con la certezza di ritenerli garantiti.

Si tratterebbe in questo caso di una legiferazione della clausola nota nel mondo assicurativo come “*deeming clause*” che è la clausola che tiene in copertura anche le richieste di risarcimento pervenute dopo la scadenza della polizza a condizione che siano conseguenti o collegate a “circostanze” denunciate alla impresa di assicurazione durante il periodo di vigenza della polizza stessa.

L’interpretazione letterale della accezione “eventi denunciati” desumibile dal testo dell’art. 11 porterebbe proprio a tale evenienza contrattuale, secondo uno schema (appunto quello della *deeming clause*) che, presente nel mondo assicurativo anglosassone, oggi da noi è inutilizzata principalmente per l’altissimo costo che comporterebbe per il contraente assicurato.

Ove l'interpretazione dovesse portare verso tale imposizione normativa, dunque, si assisterebbe, per motivi statistici attuariali facilmente prevedibili, a un balzo verso l'alto del costo medio delle coperture offerte.

#### Art.12 (“Azione diretta del soggetto danneggiato”)

Norma non immediatamente applicabile essendo condizionata (comma VI) alla emanazione dei decreti attuativi.

Tale disposizione, una volta a regime, introdurrà l'azione diretta contro l'impresa di assicurazione della struttura e dell'esercente (che saranno altresì litisconsorti necessari, con obbligo quindi di chiamata in giudizio).

La norma prevede che l'assicuratore non potrà opporre al danneggiato le eccezioni contrattuali diverse da quelle minime obbligatorie che prevedrà il decreto attuativo.

La norma avrà impatto tanto nel settore commerciale, quanto in quello dei sinistri.

Quanto al primo si dovranno gestire in modo particolare le clausole che riguardano le rivalse verso l'assicurato per quanto l'assicuratore pagherà al danneggiato non potendogli opporre le eccezioni contrattuali non obbligatorie (maggiori franchigie, massimali, secondi rischi, solidarietà passiva, eccetera).

Mentre, nel contesto dei sinistri occorrerà disciplinare procedure legate alle azioni di rivalsa per le medesime ragioni sopra evidenziate.

Inoltre, la fase istruttoria stragiudiziale dovrà essere gestita in tempi stretti, stante la possibilità di essere evocati in giudizio in prima battuta (già nella fase della consulenza tecnica preventiva).

Quanto alla complessa tematica delle eccezioni non opponibili al danneggiato, in attesa di conoscere il contenuto dei decreti attuativi, viene da chiedersi se la norma consenta o meno all'assicuratore di opporre al danneggiato che agisca con azione diretta nei suoi confronti, le altre eccezioni proprie delimitative del rischio, quali, ad esempio, le franchigie o altre esclusioni oggettive (danni da consenso informato; danni oggetto di altri obblighi assicurativi; danni da amianto o da cataclismi, e così via secondo il novero delle esclusioni più tipiche del comparto), ove escluse dal minimo obbligatorio dei prossimi decreti.

Soprattutto la questione si porrà a proposito della opponibilità o meno al danneggiato delle franchigie contrattuali che, a differenza del settore rc auto, nella disciplina negoziale della rc sanitaria costituiscono rilevante strumento attuariale per la assunzione del rischio da parte dell'assicuratore.

La ritenzione insomma di una considerevole parte del danno in proprio sul capo dell'assicurato (specie azienda sanitaria) è prassi commerciale assai frequente e non appare praticabile la via di una interpretazione che volga alla non opponibilità al terzo

di detto limite inferiore della copertura, gravando l'assicuratore di un esborso non assunto e non stimato nel premio, salvo rivalsa poi da esperire verso l'assicurato stesso ai sensi del III comma dello medesimo articolo 12.

Viene da pensare, in assenza di una migliore specificazione sussumibile dal testo normativo, che possa avere rilievo – proprio in una comparazione tra testi analoghi – la previsione nell'articolo in parola di una delimitazione alle sole “eccezioni derivanti dal contratto” senza l'indicazione (invece presente nel testo dell'art. 144 del Codice delle Assicurazioni che disciplina l'analoga misura nel contesto rc auto) della non opponibilità anche delle “clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno”.

La mancata indicazione di tale categoria tra le eccezioni (o delimitazioni di copertura) opponibili insomma, parrebbe delimitare il novero delle questioni non opponibili a quelle che regolino il rapporto interno impresa di assicurazione e garantito, **lasciando intatto il perimetro della esposizione finanziaria della compagnia, e quindi la opponibilità delle franchigie o SIR**, ove, ben inteso, le stesse siano conformi alle condizioni contrattuali minime obbligatorie che saranno previste dal futuro decreto attuativo, di cui all'art. 10 comma VI della novella.

Art. 13 (“Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità”)

La norma appare essere immediatamente applicabile, non essendo condizionata dalla pendenza dell'obbligo assicurativo e quindi dalla emanazione dei decreti attuativi.

La norma prevede un obbligo in capo alle strutture socio sanitarie ed alle imprese di assicurazione di comunicare all'esercente la professione sanitaria sia la pendenza di una trattativa stragiudiziale, sia l'instaurazione di un giudizio che coinvolga l'attività del sanitario stesso.

La comunicazione deve essere fatta entro dieci giorni dall'avvio della trattativa o dalla notifica dell'atto di citazione a pena di decadenza della azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

La norma avrà certamente impatto nella gestione dei sinistri, nella misura in cui occorrerà sempre, e precauzionalmente, comunicare al sanitario (secondo i rigidi

formalismi previsti dalla legge) l'avvio di trattative o dell'azione giudiziaria, stante la penalità prevista della non proponibilità della azione di rivalsa anche se futura e/o eventuale.

Art.14 (“Fondo di Garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”)

Norma non immediatamente applicabile, in attesa della emanazione dei decreti attuativi che dovranno stabilire:

- La misura del contributo dovuto dalle imprese autorizzate ad esercitare nel ramo delle assicurazioni per la rc da responsabilità sanitaria (sic);
- Le modalità di versamento del contributo detto;
- I principi della convenzione Ministero Salute / Consap per la gestione del Fondo;
- Le modalità di intervento, funzionamento e regresso del Fondo.

All'articolo 14 della Legge, infine, si segnalano alcune modifiche di rilievo (rispetto al testo licenziato alla Camera) finalizzate ad implementare la disciplina di costituzione e di funzionalità del Fondo di Garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria. In particolare viene data maggior attenzione alla regolamentazione ed alla gestione del Fondo, affidato, con apposita convenzione, alla Concessionaria dei servizi pubblici assicurativi (CONSAP), soprattutto sotto il profilo della raccolta del contributo economico che dovrà alimentare la riserva di tale ente (non è prevista contribuzione a carico della spesa pubblica), che graverà per intero sulle "imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria".

La norma, ove portata a regime, avrà ovvie ripercussioni sulla valutazione attuariale dei premi all'interno dei quali sarà prevista la misura della contribuzione da versare al Fondo a carico delle imprese che esercitino il ramo, non è chiaro se solo ella rc sanitario (che non esiste), ovvero di tutto il ramo rc professionale.

Art. 15 ("Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi la responsabilità sanitaria")

La norma è immediatamente applicabile.

La stessa prevede la introduzione di alcuni criteri di selezione aggiuntivi a quelli già presenti nella legge, che rendano le competenze dei medici legali e degli specialisti in nominati in affiancamento più idonei alla gestione delle valutazioni tecniche tanto nei giudizi penali, quanto in quelli civili.

La norma non presenta profili particolari di incidenza sulla gestione sinistri o nel contesto commerciale delle polizze sanitarie.

\*\*\*\*\*

Questa l'analisi pratica del provvedimento allo stato attuale.  
Il presente lavoro ha natura divulgativa e riservata alla Clientela dello Studio MRV.

Milano, 20 marzo 2017

Avv. Filippo Martini

Avv. Marco Rodolfi

**STUDIO LEGALE  
MRV  
Via Filippo Turati n. 32  
20121 Milano  
tel.: 0243998058 – fax: 0243998065  
mail: [info@mrvlaw.it](mailto:info@mrvlaw.it)**