

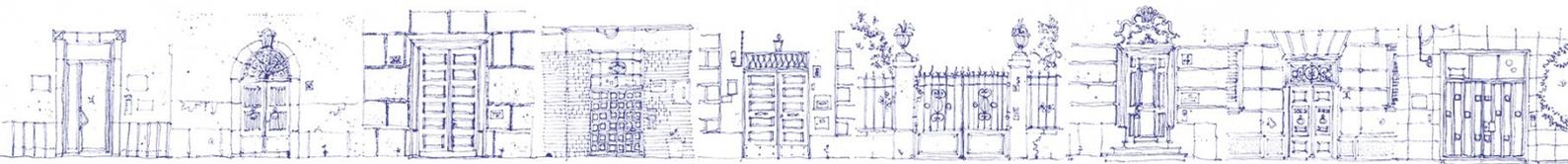
RESPONSABILITÀ MEDICA: IL RECUPERO DEI COSTI SOPPORTATI DALLE STRUTTURE SANITARIE. LA RIVALSA E I SUOI LIMITI

A cura di:

Avv. Santo Spagnolo

Avv. Cinzia Bisicchia

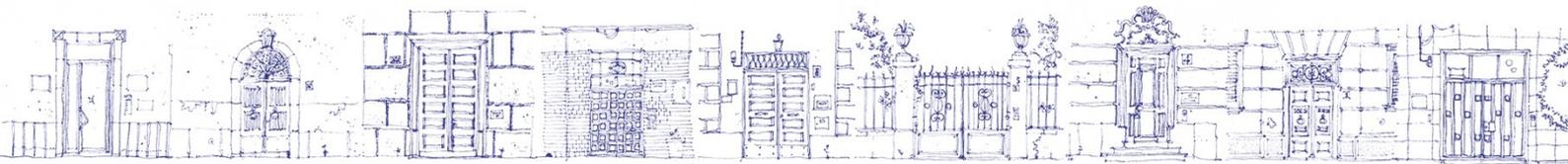
SPAGNOLO & ASSOCIATI
STUDIO LEGALE



SOMMARIO

1. La legge Gelli: azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa

2. La ripartizione “interna” della responsabilità tra struttura e sanitario: Cass. 11/11/2019 n. 28987



1

La legge Gelli: azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa

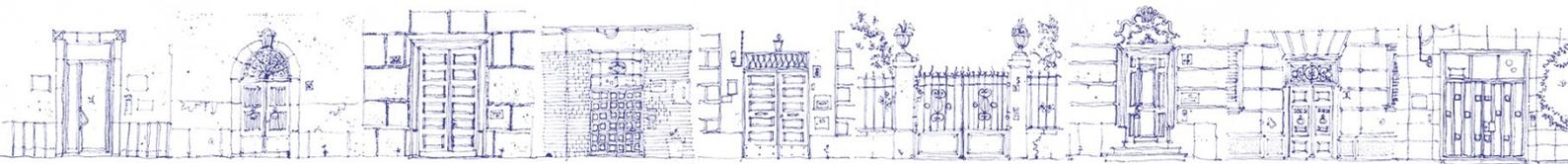
L'art. 7 della legge Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24), in vigore dall'1 aprile 2017, prevede che <<La struttura sanitaria o socio sanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorchè non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose>> (art. 7, comma 1).

Il medesimo regime opera per le prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina (art. 7, comma 2).

La responsabilità della struttura sanitaria o socio-sanitaria (pubblica-privata) presuppone, pertanto, un illecito colpevole dell'esercente la professione sanitaria, della cui opera la detta struttura si sia avvalsa, nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale di ospitalità, anche se non dipendente della stessa, e senza alcuna esimente per colpa lieve dell'autore materiale del danno.

La corresponsione del risarcimento, da parte della struttura (privata), legittima la stessa all'esercizio dell'azione di rivalsa (cui può assegnarsi un generico significato di azione di recupero, senza implicazione tecnica e senza distinzione dal regresso), nei confronti del medico, davanti al giudice ordinario; l'azione nei confronti dei dipendenti delle strutture sanitarie pubbliche è, invece, qualificata dal legislatore come azione di responsabilità amministrativa, esercitata dal Pubblico Ministero davanti alla Corte dei Conti.

Corre, in primo luogo evidenziare, che fino al 31 marzo 2017 (vigilia di entrata in vigore della legge Gelli, avvenuta l'1 aprile 2017), se il medico responsabile era dipendente di una ASL o di un'Azienda Ospedaliera, il pubblico erario poteva seguire ben due strade per recuperare quanto fosse stato costretto a pagare al terzo danneggiato.

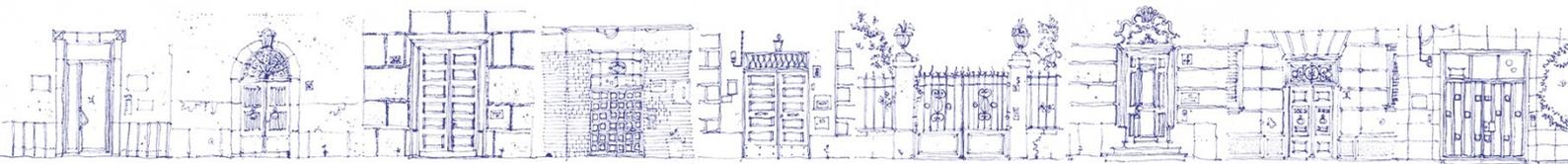


Da un lato, vi era la possibilità di proporre l'azione di danno dinanzi alla Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 22, comma 2, D.P.R. 10.1.1957, n. 3; dall'altro si era giunti ad ammettere che l'ente potesse scegliere anche di promuovere l'ordinaria azione civile di rivalsa/regresso (cfr., da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite, 12/10/2020, n. 21992: <<*L'azione di responsabilità contabile nei confronti dei sanitari dipendenti di un'azienda sanitaria non è sostitutiva delle ordinarie azioni civilistiche di responsabilità nei rapporti tra amministrazione e soggetti danneggiati, sicché, quando sia proposta da una azienda sanitaria domanda di manleva nei confronti dei propri medici, non sorge una questione di riparto tra giudice ordinario e contabile, attesa l'autonomia e non coincidenza delle due giurisdizioni*>>).

Con l'entrata in vigore della legge Gelli, è stata, invece, eliminata la possibilità, per gli enti pubblici, di avvalersi dell'ordinaria azione di rivalsa/regresso, da proporre dinanzi al giudice civile, e sono stati, altresì, introdotti rilevanti limiti all'esercizio dell'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa, i quali costituiscono espressione della *ratio* della novella legislativa, volta a tutelare il singolo operatore nell'esercizio della propria professione - riducendo i costi legati alla c.d. medicina difensiva - e a trasferire buona parte del rischio connesso all'erogazione delle prestazioni sanitarie in capo alla struttura:

1) limite qualitativo: l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di **dolo o colpa grave**; dunque, il risarcimento corrisposto dalla struttura sanitaria per colpa "non grave" ovvero lieve dell'operatore rimane a carico della struttura (art. 9, comma 1). Tale limite vale tanto per la struttura (pubblica o privata) che agisce in rivalsa, quanto per l'assicuratore che, pagato il danno, si sia surrogato *ex art.* 1916, comma 1, c.c.;

2) primo limite temporale (art. 9, comma 2): per l'ipotesi in cui il paziente danneggiato abbia proposto l'azione risarcitoria nei confronti della sola struttura e del suo assicuratore (soluzione propugnata dal legislatore) e, comunque, nel caso in cui il medico non sia stato parte del giudizio o della transazione tra paziente ed ospedale (od assicuratore), l'azione di rivalsa potrà essere esperita **solo dopo il risarcimento**, avvenuto sulla base del titolo giudiziale (definitivo?) o stragiudiziale, e dovrà essere esercitata, a pena di decadenza, **entro un anno dall'avvenuto pagamento** (restano fermi i termini autonomamente scanditi dal codice di giustizia contabile, per l'azione di responsabilità amministrativa: cfr. artt. 67, comma 5 e 6, e 86, comma 1, d.lgs. 174/16).



Ne discende che, nel caso in cui il paziente opti per l'esercizio dell'azione risarcitoria anche nei confronti del medico, nulla vieta alla struttura sanitaria privata e al suo assicuratore di svolgere l'azione di rivalsa ovvero di surrogazione nell'ambito del medesimo giudizio civile, senza dovere attendere alcun pagamento; ciò, ai fini della precostituzione del titolo nei riguardi dell'obbligato, in via di regresso o in surroga, in via preventiva e in previsione dell'esito positivo dell'azione intrapresa dal danneggiato.

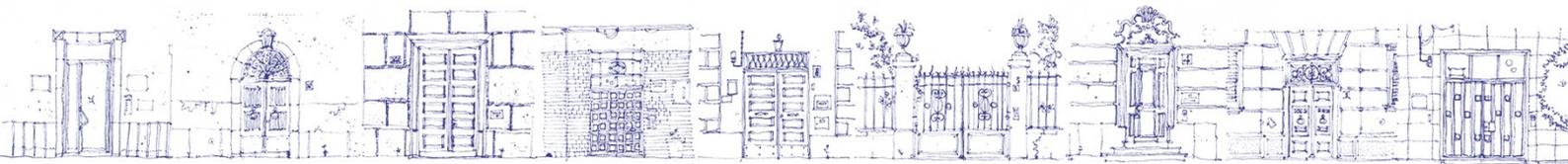
In siffatta, ulteriore, ipotesi, troverà applicazione il principio per il quale <<L'assicuratore, convenuto in giudizio dall'assicurato per il pagamento dell'indennità assicurativa, in virtù del principio di economia processuale, può agire nella medesima sede a tutela del proprio diritto di surrogazione, anche in difetto del previo pagamento di detta indennità, chiamando in causa il terzo responsabile (o anche corresponsabile) del danno, al fine di ottenere, nei confronti di questo, una sentenza condizionale di condanna alla rivalsa di quanto sarà condannato a pagare all'assicurato a titolo di indennità>> (Cass. civ. Sez. I Ord., 19/07/2018, n. 19320); in detta ipotesi, l'avvenuto pagamento dell'indennità non sarà, dunque, condizione per l'esercizio dell'azione di accertamento dell'obbligo risarcitorio del terzo chiamato, ma solo della successiva ed eventuale azione esecutiva;

3) secondo limite temporale: l'azione di rivalsa è inammissibile se le strutture sanitarie e socio sanitarie di cui all'art. 7, comma 1, nonché i loro assicuratori, non comunicano al medico, <<entro quarantacinque giorni>>, che è stato loro notificato un atto di citazione ovvero che sono state avviate trattative stragiudiziali con il danneggiato (art. 13).

Occorre, tuttavia, tenere conto della particolare condizione in cui si trovano le strutture di diritto pubblico: per esse, infatti, vi è l'obbligo di denunciare il danno erariale, sicché è questo tipo di informazione a condizionare concretamente il giudizio di responsabilità amministrativa, visto che la magistratura contabile non può procedere in assenza di denuncia (cfr. art. 51 d.lgs. n. 174/16).

Vi è, poi, da chiedersi se l'omessa comunicazione al professionista – responsabile, prescritta dall'art. 13, possa effettivamente incidere sulla proponibilità dell'azione da parte del P.M. presso la Corte dei Conti, che resta soggetta al termine di prescrizione quinquennale, decorrente dal verificarsi del fatto dannoso.

La trasmissione dell'atto introduttivo, prevista dal citato art. 13, è da intendersi come *litis denunciatio*, che vale a mettere il professionista in condizione di intervenire al processo, ma senza



fargli acquisire, in difetto di intervento, la qualità di parte.

Il comma 3 dell'art. 9 stabilisce che la decisione pronunciata contro la struttura o contro l'assicurazione <<*non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio*>>. Qualora, invece, egli sia intervenuto o sia stato chiamato in causa, resterà vincolato all'accertamento sulla responsabilità della struttura secondo le regole generali.

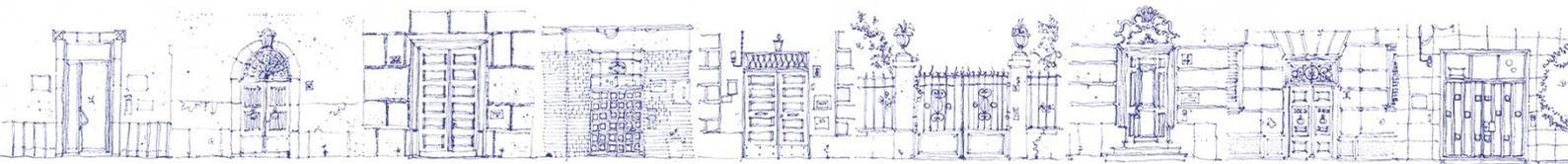
Secondo, poi, l'art. 9, comma 7, le prove assunte ai fini di quell'accertamento potranno valere come argomento di prova nel successivo giudizio di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

Quanto all'invio dell'avviso di inizio di trattative stragiudiziali (che non sembra possa riferirsi all'atto di costituzione in mora, dovendo, piuttosto, intendersi quale atto formale che abbia il fine di concludere un accordo transattivo: un invito a mediare; un invito alla negoziazione assistita; una proposta "secca" di concludere un contratto di transazione *ex art. 1965 cc*, cui abbia fatto seguito una controproposta del debitore), esso ha lo scopo di informare l'esercente sanitario circa le richieste del danneggiato, in quanto deve contenere anche l'invito alla partecipazione. È possibile, infatti, che il professionista abbia elementi utili da fornire ed è interesse comune che possa fornire il proprio contributo alle trattative stragiudiziali. Non sussiste, tuttavia, un obbligo di prendere parte alla trattativa stragiudiziale e, anche se l'esercente vi partecipa, non può essere vincolato dagli atti dispositivi altrui: ne dà conferma l'art. 9, comma 4, che recita che <<*in nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa*>>;

4) limite quantitativo: la condanna del medico in sede di rivalsa ovvero di azione di danno erariale, per colpa grave, **non può superare il triplo del valore maggiore del reddito lordo**, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo (art. 9, commi 5 e 6).

Prendiamo una figura apicale di una AO, con un reddito lordo annuo di 80.000 euro. Ciò vuol dire che questo medico, se per colpa provoca la morte di una persona e l'amministrazione paga per il suo errore, la rivalsa non potrà eccedere 240.000 euro. Lo stesso dicasi se a pagare sia l'assicuratore della AO, che non potrà surrogarsi oltre i 240.000 euro.

Ebbene, per la morte d'una persona, i valori standard liquidati dai Tribunali sono quelli diffusi dal Tribunale di Milano: fino a 300.000 euro circa per la morte del coniuge, d'un figlio o



d'un genitore. La morte d'una persona valida e lavoratrice, con genitori, due figli e una moglie ha un "costo" per il solo danno morale di oltre un milione di euro, più il lucro cessante per i familiari a carico.

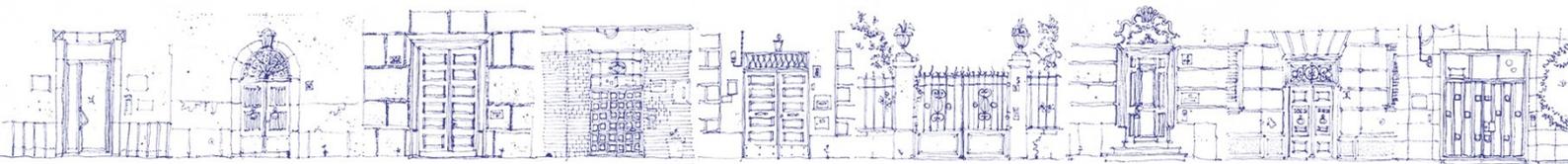
Ciò vuol dire che è stato scelto un limite quantitativo alla rivalsa del tutto avulso, per difetto, dagli importi possibilmente e concretamente liquidabili a titolo di risarcimento del danno in caso di morte d'un paziente, o di gravi invalidità.

Detto limite si applica anche in caso di surroga dell'impresa di assicurazione ex art. 1916 c.c.; non vale, invece, nell'ipotesi di azione di rivalsa esercitata dalla struttura privata (o dal suo assicuratore), nei confronti del medico libero professionista, non dipendente, in regime libero professionale, ovvero che si avvalga della struttura nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 10, comma 2). Naturalmente, in caso di dolo, può essere recuperata l'intera somma.

Nel caso di condanna per responsabilità amministrativa (art. 9, comma 5, ultimo periodo) è prevista, altresì, una sanzione accessoria alla condanna del giudice contabile, che impedisce all'esercente la professione sanitaria di essere preposto ad incarichi superiori <<per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato>>. Il medesimo giudicato è, inoltre, <<oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori>>.

Pur trattandosi di sanzione accessoria alla condanna del giudice contabile, non è questa pronuncia che viene presa in considerazione, bensì la condanna a suo tempo intervenuta nei confronti dell'ente o della sua assicurazione.

Le peculiarità del giudizio per danno erariale sono richiamate dal comma 5 del citato art. 9, sia per quanto riguarda la *compensatio lucri cum damno* ai fini della determinazione del pregiudizio subito dalla struttura pubblica, sia per quanto riguarda il c.d. potere riduttivo della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, a fronte di una situazione di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui lo stesso ha operato.



La ripartizione “interna” della responsabilità tra struttura e sanitario: Cass. 11/11/2019 n. 28987

La struttura sanitaria risponde in solido con il medico operatore per i danni cagionati al paziente, anche se il danno sia imputabile alla sola negligenza dell'operatore; la solidarietà passiva, però, opera esclusivamente nei confronti del paziente/terzo danneggiato ed a sua tutela, in modo che questi possa agire per l'intero nei confronti di uno qualsiasi dei condebitori; non opera certamente nei rapporti interni dove la responsabilità è ripartita in proporzione alle rispettive colpe tra i condebitori.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 28987 dell'11 novembre 2019, è intervenuta sui limiti quantitativi dell'azione di rivalsa/regresso in tema di danni da *malpractice* medica, prospettando la soluzione ritenuta più conforme a diritto - ed in linea con la sopravvenuta legge n. 24 del 2017 - da adottarsi anche con riguardo ai fatti anteriori alla novella legislativa.

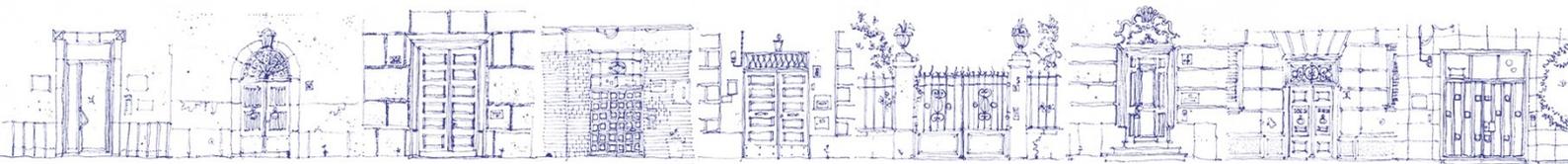
Il caso posto al vaglio della Suprema Corte è quello relativo ad un giudizio di risarcimento del danno promosso da una donna che si era sottoposta, nel corso degli anni, ad un triplice intervento di mastoplastica al seno e di revisione chirurgica delle connesse cicatrici, erroneamente eseguito e non rimediato dalle operazioni successive alla prima.

L'azione di danno veniva esperita nei confronti del medico operante e della casa di cura privata.

Il Tribunale accoglieva la domanda, dichiarando la responsabilità solidale della struttura sanitaria e del medico.

La Corte di appello confermava la decisione di prime cure osservando, in particolare, che la responsabilità del medico si estende automaticamente, *ex art. 1228 c.c.*, alla struttura che se ne è avvalsa per i propri fini, permettendo l'espletamento della prestazione sanitaria, non potendo al contempo farsi alcuna differenza, quanto alla graduazione delle colpe, tra chi aveva male eseguito gli interventi e chi avrebbe dovuto assicurare un'esecuzione da parte di persona idonea.

Avverso tale pronuncia proponeva ricorso per cassazione la struttura sanitaria, lamentando



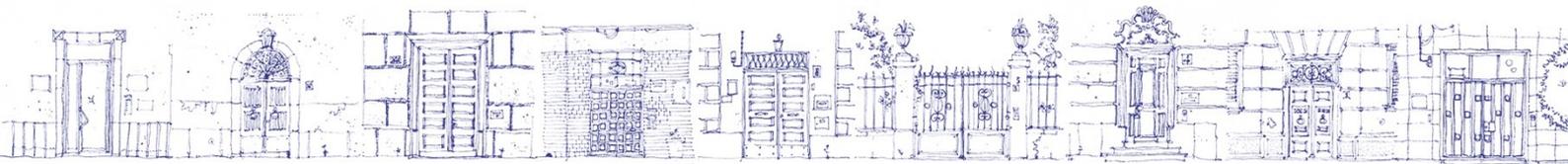
l'omessa pronuncia, da parte del giudice d'appello, rispetto alla graduazione delle colpe tra casa di cura e medico responsabile; sul punto rilevava che, poichè non era stata addebitata alcuna censurabile condotta causativa alla struttura, non poteva porsi tale posizione sullo stesso piano di quella, colposa ed eziologica, del chirurgo, sicchè avrebbe dovuto affermarsi, ai fini interni del regresso, l'esclusiva responsabilità del medico.

La ricostruzione della Suprema Corte parte dall'assunto che, anche prima che ciò emergesse a chiare lettere dall'art. 7, comma 1, della legge Gelli-Bianco - il quale prevede che la struttura sanitaria che, nell'adempimento della <<propria obbligazione>>, si avvalga dell'opera degli esercenti la professione sanitaria, risponde ai sensi degli artt. 1218, 1228 c.c. - l'obbligo risarcitorio della struttura va ricondotto alla responsabilità per fatto degli ausiliari di cui all'art. 1228 c.c., da considerare come responsabilità per fatto proprio (e tale è l'innovazione di pensiero contenuta nella richiamata pronuncia) e non come responsabilità indiretta per fatto altrui, in quanto l'attribuzione dell'incarico all'ausiliario integra una modalità organizzativa dell'esecuzione dell'obbligazione gravante sul debitore, <<realizzandosi e non potendo obliterarsi, l'avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino>>.

Il fatto, quindi, di avvalersi di un'attività altrui, del medico, per adempiere una propria obbligazione (essendo, evidentemente, preclusa alla struttura - debitore contrattuale nei confronti del paziente/creditore - ogni possibilità di adempimento diretto) comporta, di per sé, l'assunzione del rischio per i danni eventualmente cagionati da questi al creditore (paziente/danneggiato), secondo la struttura della responsabilità da rischio d'impresa (*cuius commoda eius et incommoda*).

In altri termini, in materia di danni da *malpractice* medica, la responsabilità della struttura ex art. 1228 c.c. va tenuta distinta dalla diversa ipotesi di responsabilità del committente ex art. 2049 c.c.; quest'ultima, trattandosi di responsabilità per fatto del preposto, legittima il committente, estraneo alla produzione dell'evento dannoso (e privo di una pregressa relazione qualificata con il debitore), ma che ha risarcito il danno in ragione della solidarietà verso il terzo, ad esercitare l'azione di regresso, nei confronti dell'autore immediato del danno, per l'intera somma pagata.

La ripartizione tra i soggetti coinvolti sul lato passivo avverrà applicando le regole dettate per il regresso del condebitore solidale dagli artt. 1298 e 2055 c.c., ivi compresa quella che



presuppone la suddivisione in parti uguali.

In tale cornice, la Corte di Cassazione, con la richiamata pronuncia, ha, pertanto, sancito il principio per il quale *<<in tema di danni da “malpractice” medica nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, nell’ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev’essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario, nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d’inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essere obbligata>>*.

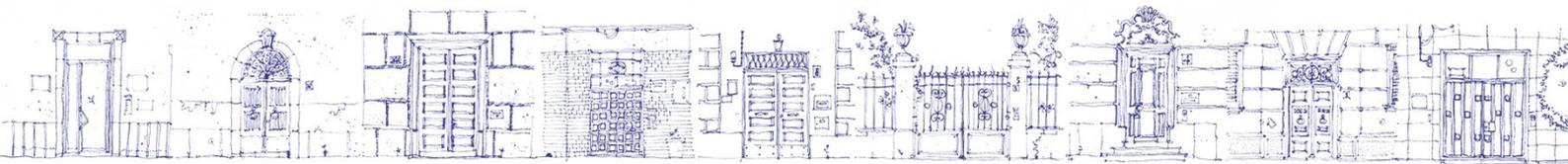
Sussiste, pertanto, un’ipotesi eccezionale nella quale la rivalsa della struttura diviene integrale, ipotesi che ricorre ove l’evento pregiudizievole sia scaturito da una condotta del sanitario (imprevedibile e improbabile) completamente dissonante rispetto alla pianificazione dell’ordinaria prestazione dei servizi funzionali alle attività diagnostiche e terapeutiche.

Si tratta, pertanto, di un’ipotesi che, tenuto conto delle plurime aggettivizzazioni contenute nella richiamata pronuncia con riguardo all’assorbente responsabilità del medico (*<<intesa come grave, ma anche come straordinaria, soggettivamente imprevedibile e oggettivamente improbabile “malpractice”>>*), non pare possa agevolmente ricondursi al caso di *malpractice* sanitaria da colpa grave del medico, ovvero sia alla condotta di colui che agisce con inescusabile imprudenza, omettendo di osservare anche quel grado minimo ed elementare di diligenza che tutti, in quell’ambito, osservano e avrebbero osservato (Corte dei Conti Calabria, sentenza n. 111/2015).

La colpa grave del medico, da ravvisarsi nel compimento, da parte del professionista, di un errore non scusabile, per la sua grossolanità, ovvero come assenza delle cognizioni fondamentali attinenti la professione o come difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione sanitaria, potrebbe, pertanto, non ritenersi sufficiente a legittimare la rivalsa integrale della struttura nei confronti del sanitario.

L’onere della prova dell’evidente discostamento del comportamento del sanitario dalle regole di diligenza, prudenza e perizia, che il caso concreto avrebbe richiesto di osservare, e, pertanto, della sua esclusiva responsabilità, grava sulla struttura che agisce in rivalsa/regresso a fronte di una responsabilità solidale.

Spetta, in altri termini, alla struttura vincere la presunzione di pari responsabilità rispetto alla



verificazione del danno, provando la diversa misura delle colpe e della derivazione causale del sinistro.

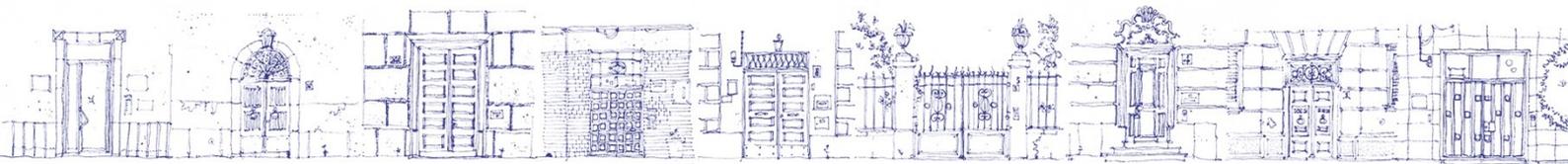
Non può, pertanto, ritenersi sufficiente, ai fini dell'esclusione della sua corresponsabilità, che l'inadempimento sia da imputarsi alla condotta del medico, occorrendo considerare il duplice titolo in ragione del quale la struttura viene chiamata a rispondere del proprio operato.

La responsabilità della struttura sanitaria è una responsabilità definita a doppio binario, giacché essa origina da due fatti distinti: quella derivante dall'inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all'erogazione del servizio sanitario (i quali, ad esempio, danno luogo a responsabilità per infezioni nosocomiali, per difetto di organizzazione e per carenze tecniche, per mancata sorveglianza); quella derivante dall'attività illecita, che trova occasione nell'erogazione del servizio sanitario, imputabile a coloro della cui attività il nosocomio si sia avvalso *ex art. 1228 c.c.*

Ne discende che è onere della struttura dimostrare non soltanto la colpa esclusiva del medico, ma la derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del sanitario del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità, in un'ottica di ragionevole bilanciamento del peso delle rispettive responsabilità sul piano dei rapporti interni (cfr. Cass. n. 24688/2020).

Rimane, tuttavia, incerto – non essendo la giurisprudenza intervenuta in termini chiarificatori sul punto – se la prova della colpa grave del medico valga effettivamente a sancire il diritto di rivalsa integrale della struttura ovvero se, a tal fine, sia necessaria quell'abnormità di condotta da parte del medico, radicalmente ed ontologicamente lontana dalle ipotizzabili, e, quindi, prevedibili, scelte, anche imprudenti, di un professionista nell'esecuzione della prestazione sanitaria, tale da doversi ricondurre, in buona sostanza, a fattispecie-limite, di improbabile verifica, al pari del caso esemplificativo richiamato in Cass. n. 28987/2019: *<<si pensi al sanitario che esegua senza plausibile ragione un intervento di cardiocirurgia fuori della sala operatoria dell'ospedale>>*.

Se così è, può sostenersi l'imprevedibilità di un diritto di rivalsa integrale della struttura nei confronti del medico, salvo rare eccezioni, in cui la struttura riesca a fornire, in ultima analisi, la prova dell'interruzione del nesso causale tra la fisiologica attività economica d'impresa (esercitata a mezzo dell'operatore sanitario) e il danno lamentato dal paziente.



Si segnalano, tuttavia, pronunce di merito, successive a Cass. n. 28987/2019, che, in linea al precedente orientamento giurisprudenziale, e alla qualificazione della responsabilità della struttura, ex art. 1228 c.c., come responsabilità “indiretta”, dichiarano il diritto di rivalsa integrale della struttura nei confronti dell’operatore sanitario sul presupposto del mero accertamento della colpa esclusiva del medico nella produzione dell’*eventus damni* (Tribunale Messina, sentenza n. 679/2020, pubblicata il 7 maggio 2020; Tribunale di Catania, sentenza n. 3800, pubblicata il 17 novembre 2020).

Bibliografia

Marco Rossetti, <<*La vigna dell’inetto ovvero le assurdità della “legge Gelli”*>>, in *Quotidiano Giuridico – Leggi d’Italia*, 16/10/2017;

Maria Angela Zumpano, <<*Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*>>, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 3, 480;

Fernando Bocchini, <<*Il recupero dei costi sopportati dalle strutture sanitarie*>>, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 10, 1531;

Pier Giuseppe Monateri, <<*Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione*>>, in *Danno e Resp.*, 2020, 2, 153;

Alessandro Palmieri, <<*L’efficacia temporale delle riforme in tema di responsabilità sanitaria e i rapporti tra medico e struttura*>>, in *Quotidiano giuridico – Leggi d’Italia*, 28 gennaio 2020.