



Ernesto Macri<sup>1</sup> (foto)  
Paolo D'Elia<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Consulente legale S.I.O.T. Studio Legale, Avv. Ernesto Macri, Roma;  
<sup>2</sup> Consulente assicurativo

## Un caso concreto e le novità in ambito civile e assicurativo alla luce della riforma Gelli-Bianco: cosa cambia?

### Introduzione

La legislatura parlamentare in corso parrebbe finalmente avviata a portare a compimento il tema della responsabilità professionale in ambito sanitario.

Certamente foriero di importanti novità – in quanto ispirato da logiche di sintesi e razionalizzazione dei contenuti delle precedenti proposte di legge, succedutesi nel corso di circa vent'anni – è il D.D.L. c.d. Gelli-Bianco, che, al momento in cui si chiudono queste note, è stato approvato, l'11 gennaio 2017, al Senato, ed ora è all'esame della Camera, dove è stato posto in discussione per la seduta del 13 febbraio, nel corso della quale (molto probabilmente) diventerà legge.

Vediamo, in estrema sintesi, e per quanto di nostro interesse, i cambiamenti possibili.

In primo luogo, sul versante della **responsabilità della struttura sanitaria**, pubblica o privata, è chiaramente stabilito che quest'ultima, che “*nell'adempimento della propria obbligazione*”, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, “*anche laddove questi siano scelti dal paziente o non siano dipendenti della struttura*”, risponde delle loro condotte dolose o colpose.

Da ciò ne deriva l'applicazione della disciplina propria della responsabilità contrattuale: quindi, il termine di prescrizione è decennale e il regime probatorio è favorevole al paziente-danneggiato.

Pertanto, assolto dal paziente l'onere di allegare l'esistenza del contratto di specialità e la circostanza dell'avvenuto inadempimento, dovrà essere l'istituto di cura a dimostrare l'esatto adempimento oppure diversamente che l'inadempimento è dovuto a causa ad esso non imputabile e che, perciò, non ci sia nesso causale tra la condotta dei sanitari intervenuti ed il danno lamentato dal paziente.

L'ultimo comma dell'art. 7 prevede che per dette condotte dolose o colpose “*l'esercente la professione sanitaria*” risponda “*ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile*”, fatte salve tutte quelle ipotesi in cui abbia agito “*nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*”.

Una simile previsione di legge, qualora fosse approvata, condurrebbe all'applicazione del regime previsto dall'art. 2043 del codice civile per la responsabilità del medico, che, in termini pratici, comporterebbe il passaggio da un termine di prescrizione decennale ad uno quinquennale; ma, soprattutto, a cambiare sarebbe il cd. onere probatorio. Il paziente non potrebbe, quindi, più limitarsi all'allegazione della circostanza dell'avvenuto inadempimento, ma piuttosto dovrebbe dimostrare la condotta, l'evento dannoso, il nesso di causalità e, soprattutto, la colpa del medico.

Per quanto concerne **l'azione di rivalsa**, l'art. 9 stabilisce che la struttura (pubblica o privata) può rivalersi nei confronti del medico solo per i danni causati a terzi con dolo (volontariamente) oppure con colpa grave. La norma limita, quindi, la possibilità che la struttura sanitaria condannata per l'operato dei propri dipendenti

#### Indirizzo per la corrispondenza:

Avv. Ernesto Macri

Studio Legale Macri

via Alberico II, 4

00193 Roma

Tel. +39 06 95226392

Fax +39 06 95227827

E-mail: avv.emacri@gmail.com

o, comunque, di chi opera all'interno della stessa, possa rivalersi sul medico, con ciò introducendo un'ulteriore garanzia per il professionista.

Il medesimo art. 9, comma 5, prevede inoltre che in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della *struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica* o dell'esercente la professione sanitaria, **l'azione di responsabilità amministrativa** (da tenersi distinta dall'azione di rivalsa, di cui sopra), per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei Conti.

Passiamo adesso in rassegna, molto brevemente, i punti salienti nella costruzione dei meccanismi assicurativi.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 10 del D.D.L., **le strutture sanitarie devono (vi è, difatti, un obbligo) essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi**, anche per danni cagionati dal personale *a qualunque titolo operante* presso le strutture medesime.

È, altresì, confermato **l'obbligo di assicurazione per la responsabilità civile per l'esercente la professione sanitaria in forma libero-professionale**.

Viene, inoltre, introdotto l'obbligo per gli esercenti attività sanitaria, operanti a qualsiasi titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private, di stipulare **un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave** per la responsabilità civile, al fine di garantire efficacia all'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria e verso l'assicurato.

L'art. 11 del D.D.L. disciplina l'estensione della garanzia assicurativa, stabilendo che i contratti assicurativi **dovranno** prevedere un'operatività temporale della copertura anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto, purché regolarmente denunciati a termini di polizza (cd. *garanzia di retroattività*); al contempo, la garanzia **dovrà** coprire anche le richieste risarcitorie presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi dalla cessazione definitiva dell'attività professionale (cd. *garanzia postuma*).

È bene porre in evidenza, tuttavia, che il legislatore a fronte di un obbligo assicurativo a carico di strutture sanitarie e professionisti, non ha stabilito **un complementare obbligo a contrarre polizze da parte delle imprese assicuratrici**.

Il D.D.L. introduce, inoltre, **un'azione diretta** contro l'impresa assicurativa, che il primo comma dell'art. 12 attribuisce al soggetto danneggiato, ferma l'applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione (o mediazione).

Infine, è stato previsto anche **un fondo di garanzia** che risarcisca i danni cagionati da responsabilità sanitaria nei seguenti casi: a) il danno sia di importo eccedente rispetto

ai massimali previsti dai contratti stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria; b) la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente; c) la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa. All'aspetto appena menzionato si aggiungono l'applicazione di tabelle di legge per la quantificazione del danno biologico, elemento utile a dare maggiore certezza alla quantificazione del rischio da parte delle Compagnie di assicurazioni e l'obbligo di assicurazione.

Ebbene, dopo aver illustrato una sintetica panoramica delle maggiori novità che il D.D.L. porterebbe nell'esclusiva ottica dei procedimenti contenziosi civili promossi dal paziente contro il medico e le imprese di assicurazione, proviamo ad immaginare cosa accadrebbe se la fattispecie concreta, che ci accingiamo ad esporre, fosse accaduta nel vigore della riforma testé illustrata.

## Il caso

Il signor Luca XXXXXX ha un complesso quadro clinico a causa di episodi persistenti di lombalgia cronica, con lombosciatalgia e limitazione alla stazione eretta a carico del rachide lombosacrale.

Il signor Luca XXXXXX viene sottoposto ad intervento chirurgico, in data 30.06.2001, presso la struttura sanitaria pubblica ZZZZZZZ, dove viene operato dal dottor Giulio YYYYYYY, chirurgo ortopedico dipendente della medesima struttura, e dalla sua équipe.

Nel corso degli anni successivi, tuttavia, il signor Luca XXXXXX non conosce alcun miglioramento e viene sottoposto, sempre dal medesimo specialista, ad ulteriori interventi chirurgici rispettivamente il 15.04.2003, il 20.10.2006 ed il 24.05.2008, effettuati anche questi, come il primo intervento, presso l'Ospedale ZZZZZZZ.

Il 30.10.2015 il signor Luca, continuando a lamentare dolore e nessun miglioramento, decide di rivolgersi ad un legale, ed in relazione all'ultimo intervento del 24.05.2008 decidono di intraprendere un'azione legale nei confronti della Struttura Sanitaria dove è stato eseguito, notificando a quest'ultima un atto di citazione.

Ricevuta la richiesta, l'ente ospedaliero ZZZZZZZ ne fa comunicazione al dottor Giulio YYYYYYY, quale primo operatore, richiedendogli una relazione tecnica sullo svolgimento dei fatti nel caso di specie.

## Le soluzioni giuridiche

Precisato quanto sopra, proviamo a capire come muta, e se muta, la posizione del medico in ossequio all'approvazione in legge del D.D.L. Gelli-Bianco.

### **Il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni nei confronti del medico**

Senza dubbio, il primo e più significativo dato che emerge nella fattispecie concreta è **la prescrizione del diritto** fatto valere dal Sig. Luca XXXXXX nei confronti del medico (ma, non nei confronti della struttura sanitaria): difatti, l'ultimo intervento è stato realizzato il 24.05.2008, ragion per cui, il paziente avrebbe dovuto agire per la richiesta di risarcimento danni anche verso l'operatore sanitario, **entro maggio del 2013**, cioè entro i 5 anni successivi dall'ultimo intervento chirurgico.

Pertanto, nel caso di specie, si ribadisce, il paziente potrà indirizzare la sua azione risarcitoria solamente nei confronti della struttura sanitaria.

### **L'inversione dell'onere della prova**

Poniamo, tuttavia, per sola comodità di esposizione e al fine di una più esaustiva illustrazione del caso, che il paziente avesse rispettato il termine prescrizionale e, quindi, avesse potuto indirizzare le proprie richieste risarcitorie anche nei confronti del medico.

Ebbene, in una simile evenienza, tenuto conto del regime di responsabilità extracontrattuale tra paziente ed esercente la professione sanitaria, come quello introdotto dal D.D.L. in discussione, spetterà al Sig. Luca XXXXXX dimostrare di aver subito un danno, provando non soltanto la natura e l'entità della lesione subita, ma anche il nesso causale tra la condotta del dottor Giulio YYYYYYY e il danno.

L'intento del legislatore è di porre al riparo, almeno in prima battuta, l'esercizio della professione da parte dei singoli medici, spostando così il baricentro della responsabilità civile, per le condotte dolose o colpose dei professionisti, in capo alla struttura sanitaria, mentre per le ipotesi di danno causato con colpa grave il costo finale è, in ultima analisi, condiviso tra professionista e struttura: in tal modo, il meccanismo intende garantire una logica più generale di equilibrio e solvibilità del risarcimento.

### **Il rapporto giuridico tra struttura sanitaria e paziente**

Diversamente da quanto sin qui visto, il rapporto tra Struttura Sanitaria e paziente rimarrà di natura di contrattuale. Il c.d. *contratto di ospitalità* fa sorgere a carico dell'Ente, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo che può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal S.S.N. o da altro ente, obblighi *lato sensu* di natura

cosiddetta alberghiera (messa a disposizione di stanze di degenza, somministrazione di vitto, riscaldamento, alloggio e pulizia) ed obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario adeguato alle prestazioni da fornire, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze.

Le norme applicabili alla fattispecie risarcitoria saranno pertanto quelle previste dal codice civile per la responsabilità civile da inadempimento contrattuale con la previsione di: a) un termine di prescrizione decennale per l'esercizio al diritto alla richiesta di risarcimento da parte del paziente; b) l'inversione dell'onere probatorio, è cioè a carico della Struttura dare prova contraria a quanto semplicemente affermato dal paziente.

La medesima Struttura mantiene certamente la facoltà di esercitare azione di rivalsa nei confronti dell'operatore e/o degli operatori interessati dalle pretese avanzate dal paziente.

### **L'operatività della copertura assicurativa**

Il medico Giulio YYYYYYY, appena avuta la comunicazione del sinistro e non avendo ancora verificato che in ogni caso sono decorsi i termini prescrizionali per agire in giudizio nei suoi confronti, inizia comunque a esaminare le coperture assicurative per la responsabilità civile professionale che si sono susseguite nel corso degli anni, dal 2008 fino alla data dell'avvenuta richiesta risarcitoria, e come suggeritogli dal suo assicuratore, prende in esame la polizza in corso al momento della richiesta, che risulta stipulata in data 31.12.2012.

Analizzando il contratto di assicurazione si rende conto, però, che la copertura, operativa in regime di *claims made*<sup>1</sup> **prevede una retroattività di soli tre anni**.

Gli effetti della garanzia assicurativa retroagiscono, pertanto, fino al 31.12.2009 e l'evento in questione è quindi privo di copertura.

Orbene, nel vigore della nuova normativa, al contrario, la cd. *retroattività* non sarà circoscritta ad un arco temporale di 2, 3 o 5 anni, come avviene oggi giorno nella prassi as-

<sup>1</sup> Nella prassi, la clausola *claims made* ("a richiesta fatta") connota un tipo di copertura assicurativa collegata alla richiesta fatta dal terzo, che sia pervenuta all'assicurato durante il periodo di vigenza dell'assicurazione, per cui l'assicurazione opera per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di assicurazione indipendentemente dal momento in cui il danno si sia manifestato o sia stato causato, purché l'evento oggetto della richiesta rientri nel periodo di retroattività convenuto nella polizza sottoscritta.

sicurativa, ma dovrà prevedere una operatività temporale per gli eventi accaduti **nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo**, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza: in altri termini, una copertura, sotto il profilo temporale, che viene a coincidere con la prescrizione del diritto che potrà far valere il terzo.

#### 4. Considerazioni conclusive

Considerato quanto esposto, possiamo notare che il paziente avrà quindi la possibilità di muovere la pretesa risarcitoria sia nei confronti della Struttura sia nei confronti del medico, ma, beneficiando di un sistema più agevolato nel momento in cui la sua azione sia indirizzata verso l'ente ospedaliero, che potrà affrontare il sinistro tanto attraverso una copertura assicurativa quanto con un sistema di gestione *in house* del rischio clinico e dei sinistri, dato che il testo dell'art. 10 del D.D.L. pur prevedendo l'obbligo di assicurazione per le strutture stabilisce anche la possibilità da parte di quest'ultime di adottare analoghe ed alternative misure di tutela rispetto alla copertura assicurativa *tout court*.

In relazione al caso in esame, possiamo certamente apprezzare il maggior *favor* giuridico nei confronti del medico nella sua relazione con il paziente, ma nello stesso tempo non possiamo trascurare come l'architettura normativa corra il rischio, in ultima battuta, di inquinare il rapporto tra medico e Struttura.

Vista, infatti, l'impostazione giuridica maggiormente favorevole al paziente nella dialettica con l'Ente, certamente il

soggetto presunto leso agirà, in prima istanza, nei confronti di quest'ultima che a sua volta agirà, con molta probabilità, in rivalsa verso il medico, rischiando, appunto, di *frustrare* la volontà della novella legislativa di porre il medico al riparo da un contenzioso eccessivo.

Insomma, se il nostro dottor Giulio YYYYYYY sicuramente beneficerà di un rapporto giuridicamente più equilibrato con il paziente, correrà dall'altra parte il rischio di essere chiamato in giudizio, da quello stesso soggetto che lo dovrebbe in realtà tutelare, ossia la Struttura da cui dipende. Oltre a questa rilevante dinamica, va anche valutato che, se alla fine del dibattito parlamentare la normativa sarà licenziata con l'inserimento di una retroattività di dieci anni nelle coperture professionali degli operatori sanitari, aspetto che riguarda l'esempio trattato, consentirà al dottor Giulio YYYYYYY di fare denuncia utile di sinistro.

Certo c'è da domandarsi in che termini risponderà il mercato assicurativo a questa richiesta di garanzie così gravose e soprattutto se i costi delle coperture professionali per i medici tenderanno ad essere più contenuti. L'impostazione del regime di *claims made* in collegamento al riconoscimento di una retroattività inferiore ai dieci anni ha costituito, infatti, fino ad oggi il principale strumento di tutela utilizzato dalle compagnie di assicurazione per mitigare a loro vantaggio la crescita esponenziale del contenzioso medico-legale avuto negli ultimi venti anni.

Visto che probabilmente siamo ancora lontani da un processo che dia alle compagnie elementi di certezza del diritto e del danno necessari ad una valutazione del rischio da assumere, senza che il loro scopo lucrativo ne riceva un nocumento, aspettiamo di vedere il concludersi dei lavori d'aula.