

Fabio Cossignani

L'azione diretta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'obbligo di copertura assicurativa e l'azione diretta nel quadro della riforma. – 3. Ambito di applicazione dell'azione diretta ex art. 12. – 4. La legittimazione attiva. – 5. La legittimazione a contraddire. – 6. Il litisconsorzio necessario e facoltativo. – 7. L'inopponibilità delle eccezioni. 8. Altre questioni processuali. Rinvio.

1. Premessa

Uno degli aspetti salienti e più innovativi della l. 8 marzo 2017, n. 24 in tema di responsabilità sanitaria è senza dubbio l'introduzione della cd. azione diretta a favore dei danneggiati nei confronti delle imprese di assicurazione.

Le disposizioni normative di riferimento sono contenute nell'art. 12 l. n. 24/2017, rubricato infatti «Azione diretta del soggetto danneggiato».

Va tuttavia precisato da subito che l'art. 12 non è di immediata applicazione. Ai sensi dell'ultimo comma, le sue disposizioni «si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'art. 10 con il quale sono determinati i requisiti minimi della polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie».

Ad ogni modo, nel più generale ambito assicurativo, l'azione diretta trova il suo principale modello nell'azione disciplinata prima dall'art. 18 l. 990/1969¹

¹ Su cui v., tra molti, A. DE CUPIS, *L'azione della vittima*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, CEDAM, Padova 1977, p. 95 ss.; A. DONATI, *La nuova legge italiana sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica e la Convenzione di Strasburgo*, in «Ass.», 1970, I, p. 30, spec. p. 36; F. JR. FERRARA, *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1974, p. 752 segg., spec. p. 764 ss.; G. GENTILE, *Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli autoveicoli e dei natanti*, Giuffrè, Milano, 1971; I. MILITERNI, A. VELLA, *L'assicurazione obbligatoria*, Jovene, Napoli 1971, p. 160 segg.; L. STANGHELLINI, *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1990; G. TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, (I parte) in «Riv. dir. proc.», 1973, p. 643 segg., e (II parte) *id.*, 1974, p. 29 segg.; C. VOCINO, *Incognite processuali della legge 24 dicembre 1969, n. 990*, in «Dir. e pratica ass.», 1971, p. 197 segg.

e, in seguito, dall'art. 144 cod. ass.², ossia l'azione diretta in materia di responsabilità civile automobilistica.

L'aggettivo «diretta» descrive – in maniera impropria³ – la deroga rispetto alla regola generale in materia di contratto di assicurazione della responsabilità civile, ove il rapporto si instaura esclusivamente tra assicurato e assicuratore. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1917, comma 1, c.c. è «obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto»⁴. Sul piano processuale, si tratta quindi di un'azione proponibile contro il danneggiante cui consegue l'eventuale chiamata in causa dell'impresa di assicurazione da parte del convenuto.

Secondo lo schema contrattuale delineato dal codice, quindi, il danneggiato non vanta diritti nei confronti dell'assicuratore. Il collegamento tra questi soggetti è solo indiretto: anche là dove la legge impone, su richiesta dell'assicurato, il pagamento diretto dell'indennizzo in favore del danneggiato (art. 1917, comma 2, c.c.), si tratta pur sempre di un diritto soggettivo dell'assicurato attinente alla modalità di esecuzione dell'obbligazione, azionabile quindi dal terzo danneggiato solo in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., qualora ne ricorrano i presupposti⁵.

² Su tale disposizione, v., tra molti, M. ROSSETTI, *sub art. 144*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di G. Volpe Putzolu, II ed., CEDAM, Padova 2013, p. 574 segg.; A. SPENA, *sub art. 144*, in *Il codice delle assicurazioni private*, II, diretto da Capriglione, CEDAM, Padova 2007, p. 464 segg.; M. TOGLIATTO, *Procedure liquidative*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. Bin, CEDAM, Padova 2006, p. 425 segg.

³ L'improprietà è dovuta all'associazione che in questa maniera si instaura tra questa fattispecie e le altre comunemente classificate come azioni dirette (v. artt. 1595 e 1676 c.c.). L'azione diretta in ambito assicurativo, infatti, rappresenta l'esercizio di un diritto proprio del danneggiato. Pertanto, pare discutibile la sua riconduzione nel più ampio *genus* delle azioni dirette "classiche": G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Cacucci, Bari 1990, p. 17 segg.

⁴ Sull'art. 1917 c.c.: S. LANDINI, *sub art. 1917*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Utet, Torino, 2011, p. 214 segg.; F. PECCENINI, *Assicurazione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2011, p. 173 segg.; E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (artt. 1904-1918)*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano 2010, p. 265 segg.

⁵ Cfr. Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in «Foro it.», 2012, I, col. 1526. Va comunque segnalato il tentativo della dottrina di costruire sull'art. 1917 c.c. l'esistenza di un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, argomentando anche dall'art. 2767 c.c. che riconosce al danneggiato il privilegio per il risarcimento sull'indennità dovuta dall'assicuratore: A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Giuffrè, Milano 1954, p. 426

Se, dunque, il contratto di assicurazione determina una protezione del solo patrimonio dell'assicurato, a fronte di attività pericolose ed aventi un vasto coinvolgimento sociale – tra le quali, appunto, la circolazione stradale e, oggi, l'attività sanitaria – emerge l'esigenza di rinforzare la garanzia dei diritti risarcitori dei terzi danneggiati.

Ciò avviene mediante la creazione di un collegamento diretto tra danneggiato e assicuratore, della cui natura si è a lungo discusso⁶. Il dibattito sulla ricostruzione dogmatica dell'istituto oggi appare affievolito, mentre si è consolidata l'idea che il diritto *proprio*⁷ del danneggiato verso l'assicuratore abbia carattere autonomo, sia rispetto al concorrente diritto verso il danneggiante, sia rispetto al diritto di questo verso l'assicuratore⁸. Si tratterebbe di una fattispecie complessa in cui la legge attribuisce rilevanza, oltre che all'illecito, anche alla stipula del contratto di assicurazione, con beneficio per il danneggiato di determinati effetti del contratto⁹. Di qui la possibilità per il danneggiato di esercitare sia tale azione diretta, sia l'ordinaria azione di risarcimento verso il responsabile¹⁰, anche in forma cumulativa.

In concreto, quel che imprime maggiore autonomia e peculiarità a tale azione diretta è senz'altro la scelta del legislatore di associarvi, di regola, l'innopponibilità, da parte dell'assicuratore, delle eccezioni derivanti dal contratto¹¹. In direzione opposta, invece, sembrerebbe muoversi la previsione

segg., spec. 429 seg.; sul tema, anche per riferimenti, v. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta* (artt. 1595, 1676, 2867), in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1964, p. 634 seg.

⁶ V., oltre alla dottrina citata *supra*, sub nt. 1, senza pretesa di completezza, A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, in «Ass.», 1971, I, p. 526 segg.; A. DURANTE, *Note sulla natura giuridica del rapporto assicurativo nascente dalla legge 24 dicembre 1969*, in «Dir. e prat. ass.», 1971, I, p. 706 segg.; M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, CEDAM, Padova 1986, p. 13 segg.

⁷ A. DURANTE, *op. cit.*, p. 707 segg.

⁸ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, CEDAM, Padova 2013, p. 314, sulla scia di A. LA TORRE, *op. cit.*, precisa che il diritto del danneggiato verso l'assicuratore prescinde dal diritto all'indennizzo dell'assicurato verso l'assicuratore, ma comunque dipende dalla effettiva sussistenza del diritto al risarcimento verso l'assicurato; tra i processualisti, v. C. VOCINO, *op. cit.*; G. BALENA, *op. loc. cit.*

⁹ M. ROSSETTI, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la RCA e di altri soggetti legittimati. La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, Incontro di studio sul tema: "Il codice delle assicurazioni private", Consiglio Superiore della Magistratura, 12-14 marzo 2007, consultabile in <www.giudicedipace.it>, il quale richiama il capostipite giurisprudenziale costituito da Cass. 29 settembre 1983, n. 5218, in «Ass.», 1983, II, p. 237.

¹⁰ V. *amplius*, *infra* § 6.

¹¹ Cfr. A. DURANTE, *op. cit.*, p. 715, il quale valorizza tale elemento della fattispecie per segnare la distanza dallo schema legale del contratto a favore di terzo *ex art.* 1411 c.c.

del litisconsorzio necessario con l'assicurato: la semplice connessione tra i diritti – tra cui, nel caso specifico, anche quello di rivalsa assicurativa – non impone *ex necesse* un vincolo processuale tanto forte e denso di conseguenze (cfr. art. 354 c.p.c.)¹².

2. L'obbligo di copertura assicurativa e l'azione diretta nel quadro della riforma

Per definire in maniera chiara i lineamenti dell'istituto è necessaria una sua previa contestualizzazione nel più ampio quadro della riforma.

Innanzitutto, vanno letti congiuntamente l'azione diretta prevista dall'art. 12 e l'obbligo di assicurazione di cui all'art. 10.

L'assicurazione obbligatoria non costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento, neppure con specifico riferimento all'ambito sanitario. I tentativi di sua introduzione sono assai risalenti e si estendono fino alla più recente l. 189/2012 (cd. legge Balduzzi)¹³, ma senza risultati fruttuosi.

La riforma del 2017 si mostra, senza dubbio, più consapevole e ambiziosa.

Il legislatore del 2017 dimostra di conoscere lo stato di progressiva fuga delle compagnie assicuratrici dal settore sanitario, a causa del crescente divario tra risarcimenti corrisposti (e riserve accantonate), da un lato, e premi incassati, dall'altro¹⁴. Alla stessa maniera, è certa l'intenzione di invertire questa tendenza, allo scopo di perseguire in concreto la *funzione sociale* sottesa a ogni sistema di assicurazione obbligatoria, in cui convergono gli interessi non solo dei soggetti stipulanti (assicurato e assicuratore) ma anche quelli dei danneggiati estranei al rapporto contrattuale.

Si tratta di un'operazione che richiede un delicato bilanciamento degli interessi in gioco, tale da innescare un circolo virtuoso in cui: *a*) chi compie attività in ambito sanitario sia posto nelle condizioni di poter accedere alla assicurazione della propria responsabilità a prezzi sostenibili, senza nel contempo dover abdicare alla medicina difensiva; *b*) lo scopo di lucro dell'impresa di assicurazioni sia favorito dalla prevedibilità statistica dei risarcimenti da corrispondere e, più in generale, dal contenimento dei costi di gestione delle singole richieste di risarcimento; *c*) al paziente sia assicurato l'adeguato trattamento sanitario e,

¹² Cfr. A. DONATI, *op. loc. citt.* Sul litisconsorzio, v. *amplius*, *infra* § 6.

¹³ Al riguardo, v. V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in «Danno e resp.», 2017, p. 301 segg.

¹⁴ Per l'analisi della crisi dell'assicurazione della responsabilità medica in Italia, v., con dovizia di dati tecnici, C. ALTOMARE, *Risvolti assicurativi della Legge "Gelli-Bianco"*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. Martini e M. Rodolfi, in *Il Civilista*, Speciale riforma, 2017, p. 66 segg.

in caso di *mala praxis*, la presenza di almeno un (co)obbligato solvibile.

In quest'ottica, l'obbligo assicurativo e l'azione diretta rappresentano due degli strumenti necessari, ma non sufficienti, per il raggiungimento dello scopo complessivo della riforma. Di per sé, essi rispondono in prevalenza alle esigenze dei danneggiati, e solo in parte a quelle degli altri soggetti coinvolti¹⁵. Concorrono con essi, a titolo esemplificativo, le idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario (art. 3); le forzature in merito alla classificazione aquiliana della responsabilità dell'esercente la responsabilità sanitaria, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 7, comma 1-3)¹⁶; la risarcibilità del danno sulla base delle tabelle *ex artt.* 138 e 139 cod. ass. (art. 7, comma 4)¹⁷; i limiti dell'azione di regresso nei confronti degli esercenti la professione sanitaria (art. 9, comma 6)¹⁸; il tentativo obbligatorio di conciliazione con funzione deflativa del contenzioso (art. 8)¹⁹, e via discorrendo.

In questa sede, si coglie infine l'occasione per sottolineare due aspetti singolari dell'obbligo assicurativo, entrambi incidenti sull'applicazione concreta dell'azione diretta.

Innanzitutto, balza all'occhio l'assenza di uno speculare obbligo a contrarre dal lato delle compagnie. Il legislatore ha temuto quindi che la soluzione opposta potesse aggravare l'allontanamento delle imprese assicuratrici

¹⁵ E' nota infatti la resistenza delle compagnie di assicurazione all'istituto dell'azione diretta per il timore che questo incentivi la litigiosità. Peraltro, va da sé che l'inopponibilità delle eccezioni fondate sul contratto espone l'assicuratore molto più di quanto avviene secondo lo schema tipico del rapporto assicurativo.

¹⁶ Sul punto, criticamente, R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in «Nuove leggi civ.», 2017, p. 453 segg.

¹⁷ Efficacemente definita come «norma “assicurativamente” orientata»: M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Dir. e prat. ass.», 2017, p. 83.

¹⁸ V. M. RODOLFI, *Azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge “Gelli-Bianco*, cit., p. 56 segg.

¹⁹ Su questi temi, di spiccata rilevanza processuale, v., in questo volume M. ADORNO, *Il nuovo “filtro” dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*. Più in generale, sui profili processuali, adde C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. giur.», 2017, p. 762 segg.; R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in corso di pubblicazione in «Riv. dir. proc.», 2017; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in «Nuove leggi civ.», 2017, p. 483 ss.; EAD. *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Giappichelli, Torino 2017, p. 433 segg.

dal settore di riferimento²⁰. Va da sé che l'unilateralità dell'obbligo mina la concreta perseguibilità della piena copertura assicurativa dei rischi sanitari.

In secondo luogo, le strutture sanitarie possono ovviare all'obbligo di assicurazione ricorrendo ad «altre analoghe misure» (art. 10, comma 1, primo periodo). Si tratta della possibilità offerta alle strutture di assumere direttamente il rischio (art. 10, comma 6), senza ricorrere a coperture assicurative. Al di là di ogni valutazione circa l'opportunità della previsione, specie nell'ottica della tutela dei soggetti danneggiati²¹, è ovvio che, in tal caso, l'azione diretta non può aver luogo.

3. Ambito di applicazione dell'azione diretta ex art. 12

In conformità con quanto già evidenziato, l'azione diretta è strettamente collegata (in via non necessaria, ma comunque coerente²²) con la previsione dell'obbligo di assicurazione dei rischi connessi con l'attività sanitaria²³.

Tuttavia, non è vero il contrario. In altre parole, non tutti gli obblighi

²⁰ Sulla questione, si rinvia a V. SELINI, *Il passato e il presente*, cit., p. 307 segg., la quale osserva, tra l'altro, che l'obbligo a contrarre nel settore dell'r.c. auto è stato considerato legittimo dalla Corte europea (Corte giust., GC, 28 aprile 2009, causa C-518/06, in «Resp. civ. prev.», 2009, p. 2247) sulla base di argomenti che potrebbero non essere altrettanto validi nel diverso contesto dell'r.c. medica.

²¹ Di recente, v. L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in «Resp. civ. prev.», 2017, p. 666 ss.; A. TITA, *Auto-assicurazione delle aziende sanitarie, Una soluzione che solleva perplessità*, in <www.quotidianosanità.it>, 1° luglio 2016.

²² P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in «Corr. giur.», 2017, p. 756, testo nt. 31 ove alcuni esempi di assicurazione obbligatoria non assistita da azione diretta; ma va detto che, in maniera apodittica, è spesso data per scontata la tesi della necessaria consequenzialità: v., ad es., G. FANELLI, *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, CEDAM, Padova 1977, p. 22, secondo cui l'azione diretta rappresenterebbe lo «sviluppo logico e necessario dell'obbligo di contrarre l'assicurazione di responsabilità».

²³ Sul tema dell'assicurazione obbligatoria nella legge Gelli-Bianco, v. P. CORRIAS, *La copertura*, cit., p. 749 segg.; F. GELLI, M. HAZAN, *Assicurazione e responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Giuffrè, Milano 2017, p. 543 segg.; M. HAZAN, D. ARIAGNO, *La "nuova" assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, *ibid.*, p. 561 segg.; F. MARTINI, *Coperture assicurative obbligate per aziende e singoli operatori*, in «Guida dir.», 2017, fasc. 15, p. 87 segg.; V. SELINI, *Il passato e il presente*, cit., 305 segg.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in «Foro it.», 2017, V, col. 197 segg.

di assicurazione obbligatoria danno luogo a correlate fattispecie di azione diretta in favore del danneggiato.

Nella legge di riforma, gli obblighi di munirsi di copertura assicurativa riguardano:

- a) le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso i prestatori d'opera, anche per i danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e ricerca clinica (art. 10, comma 1, primo periodo) e comprese le prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché la telemedicina (art. 10, comma 1, secondo periodo);
- b) l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 10, comma 2);
- c) le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private le quali devono stipulare una polizza per la copertura della responsabilità civile verso terzi ai sensi dell'art 2043 c.c. degli esercenti le professioni sanitarie, diversi da quelli di cui al punto precedente, ricorrendo al modello dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta²⁴;
- d) gli esercenti le professioni sanitarie a qualunque titolo operanti nelle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, con oneri a proprio carico, a garanzia delle conseguenze derivanti dall'esperimento di azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa ex art. 9 ovvero dell'azione di rivalsa assicurativa ex art. 12.

L'azione introdotta dall'art. 10, invece, può proporsi, ex art. 12, comma 1:

- i) «nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private di cui al comma 1 dell'art. 10»;
- ii) nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa «all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10».

²⁴ Su cui v. A. VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Jovene, Napoli 1961, *passim*.

Alla luce del tenore letterale delle disposizioni di legge:

- la fattispecie obbligatoria *sub a)* è assistita dall'azione diretta *sub i)*: pertanto, il danneggiato ha azione diretta nei confronti delle compagnie assicuratrici delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private;
- la fattispecie obbligatoria *sub b)* è assistita dall'azione diretta *sub ii)*: pertanto, il danneggiato ha azione diretta nei confronti delle compagnie assicuratrici degli esercenti le professioni sanitarie cd. "non strutturati";
- la fattispecie obbligatoria *sub d)* non è assistita da azione diretta, in quanto il comma 3 dell'art. 10 non è in alcun modo richiamato dall'art. 12; né, peraltro, un'azione diretta di questo tipo sarebbe coerente con la funzione "sociale" dell'istituto, che non è di certo quella di garantire un debitore solvibile ai danneggianti e ai relativi assicuratori per le loro eventuali iniziative di rivalsa o di regresso.

È invece dubbio se la fattispecie di assicurazione obbligatoria *sub c)*, ossia quella relativa alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* dei medici cd. "strutturati", sia assistita da azione diretta. Anche in questa ipotesi, infatti, la copertura assicurativa è rivolta alla responsabilità verso i terzi danneggiati e si può così giustificare, in astratto, la previsione di un'azione diretta a beneficio di questi.

Sul punto, una parte della dottrina, muovendo dal testo dell'art. 12, comma 1, propende per la soluzione negativa²⁵, in quanto tale assicurazione è sì stipulata dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, ma non per la copertura della responsabilità di queste, bensì, come visto, a copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti "strutturati", secondo lo schema dell'assicurazione in favore di terzi o per conto di chi spetta. In tal caso, l'azione del danneggiato dovrebbe proporsi nei confronti dell'esercente strutturato, il quale, secondo le regole comuni, potrebbe poi chiamare in causa la compagnia di assicurazione per essere tenuto indenne²⁶.

²⁵ M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Giuffrè, Milano 2017, p. 602; ID., *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 319; ID., S. CENTONZE, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in <<http://www.quotidianogiuridicommait/>>, 20 marzo 2017; F. MARTINI, *Coperture assicurative*, cit., p. 91; ID., *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, in «RIDARE», focus del 21 marzo 2017, § 2.

²⁶ Tale limitazione non sembra censurabile sotto il profilo dell'uguaglianza *ex art. 3 Cost.*,

A tale lettura restrittiva se ne contrappone un'altra, secondo la quale l'art. 12, comma 1, in verità, farebbe riferimento al soggetto stipulante e non al beneficiario²⁷, così da includervi entrambe le coperture assicurative previste nei diversi periodi del comma 1 dell'art. 10. Questa dottrina sostiene poi la coerenza di tale soluzione con la più generale volontà della legge di escludere il medico dal processo, espressa dal comma 4 dell'art. 12, ove è previsto che nell'azione promossa contro l'impresa di assicurazione della struttura è litisconsorte necessaria la struttura, ma non il medico strutturato²⁸.

Analizzando la questione alla luce delle altre disposizioni connesse con l'istituto, si evidenziano contraddizioni che rendono arduo lo scioglimento del quesito.

Innanzitutto, occorre dire che, se ci si limitasse al testo dell'art. 12, comma 1, sarebbe senz'altro preferibile la tesi restrittiva. Infatti, la disposizione, esprimendosi in termini di «copertura assicurativa», si riferisce al soggetto coperto, e non al soggetto stipulante. Il che escluderebbe quindi l'assicurazione della responsabilità civile dei medici cd. strutturati.

Per ragioni analoghe, non sembra pertinente l'argomento usato dalla tesi estensiva e fondato sul comma 4 dell'art. 12. Tale disposizione, intesa alla lettera, conferma e non contraddice la tesi restrittiva. Vi si fa riferimento solo al giudizio «contro l'impresa di assicurazione della struttura» e al «giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1», ossia, in virtù del rinvio al comma 2 dell'art. 10, all'assicurazione dell'esercente «non strutturato». Non viene invece menzionata l'impresa di assicurazione che copre la responsabilità dell'esercente «strutturato», il che corrobora l'esclusione di un'azione diretta nei confronti di questa. Né in senso contrario potrebbe obiettarsi che a stipulare con tale impresa non è l'esercente, ma la struttura, in ragione dell'onere impostole dalla legge. Infatti, quale che sia lo stipulante, il soggetto assicurato resta comunque l'esercente «strutturato».

in quanto il diritto del danneggiato al risarcimento sarebbe sufficientemente assicurato dall'azione diretta contro l'assicuratore della struttura. L'azione diretta anche contro l'assicuratore del medico strutturato costituirebbe quindi un semplice ampliamento di questa garanzia, il più delle volte inutile sotto il profilo pratico.

²⁷ C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, II, p. 765. Nello stesso senso, A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, *ibid.*, 2017, p. 1125, secondo il quale l'art. 12 non distinguerebbe tra azione *ex contractu* nei confronti della struttura dall'azione aquiliana nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. Benché implicitamente, sembra adottare la lettura ampia anche U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in «Judicium», 30 giugno 2017, p. 10.

²⁸ C. MASIERI, *Novità*, cit., p. 765.

Nonostante le precedenti considerazioni, la lettura restrittiva, pur coerente con la lettera dell'art. 12, comma 1, trova un ostacolo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 3, – che richiede all'esercente strutturato di stipulare una polizza a garanzia, tra l'altro, dell'azione di rivalsa ex art. 12 da parte dell'assicurazione per colpa grave – e dell'art. 12, comma 3 – che fa appunto riferimento alla «azione di rivalsa verso l'assicurato». Infatti, perché le due disposizioni possano leggersi insieme, l'azione di rivalsa ex art. 12 deve ritenersi proponibile nei confronti dell'esercente strutturato, sull'ovvio presupposto che la sua responsabilità sia esposta ad azione diretta nei confronti del relativo assicuratore per fatto illecito.

Stando all'ultima osservazione, quindi, la lettura estensiva diviene preferibile. Sennonché, anche questo risultato suscita notevoli perplessità.

In primo luogo, sotto il profilo sostanziale, la situazione che da essa emerge appare piuttosto intricata e sotto svariati profili anche discutibile. In particolare, la rivalsa della compagnia che, stipulando con la struttura, ha assicurato la responsabilità civile del medico dipendente sussiste, nei confronti dell'assicurato, per «colpa grave» (art. 10, comma 3) o, più verosimilmente, *anche* per «colpa grave»²⁹. Il che presuppone: a) che nel contratto di assicurazione stipulato dalla struttura per la responsabilità dell'esercente non può essere prevista la copertura per colpa grave dell'assicurato³⁰; b) che, tuttavia, tale eccezione di non operatività della polizza non può essere sollevata dalla compagnia adita in via diretta dal danneggiato (cfr. art. 12, comma 2)³¹.

Sul piano processuale, l'intreccio di responsabilità e assicurazioni comporta che l'azione di rivalsa, se esercitata contestualmente all'azione diretta, si attua nelle forme della chiamata in causa dell'assicurato ex art. 106 c.p.c. Quest'ultimo, a sua volta, potrebbe chiamare in causa l'impresa di assicurazione che ne copre la responsabilità per colpa grave ex art. 10,

²⁹ Infatti, l'art. 10, comma 3, è chiaro nel presupporre che l'azione di rivalsa debba essere garantita da una copertura assicurativa «per colpa grave» che il medico strutturato deve procurarsi a proprie spese. Tuttavia, si è fatto notare (M. HAZAN, D. ARIAGNO, *op. cit.*, p. 577) che l'azione di rivalsa della compagnia di solito si fonda su questioni diverse, come ad esempio la franchigia che l'assicuratore non ha potuto opporre al danneggiato che ha agito in via diretta; C. MASIERI, *op. cit.*, p. 771, sembra invece optare per una rivalsa verso l'esercente sempre e soltanto limitata alla colpa grave (oltre che, ovviamente, al dolo).

³⁰ Opinando diversamente, non si vede come potrebbe darsi un'azione di rivalsa garantita da altro assicuratore sotto il profilo della colpa grave.

³¹ Nessuno dei primi commentatori sembra aver avanzato questa ipotesi. Tuttavia, se si condividono le premesse, tale deduzione risulta necessitata. È appena il caso di precisare, infatti, che l'azione di rivalsa si fonda proprio sull'inopponibilità al danneggiato delle eccezioni contrattuali che, nello schema ordinario del contratto di assicurazione, avrebbero escluso l'obbligo di indennizzo da parte della compagnia.

comma 3, al fine di essere indennizzato degli effetti della rivalsa.

La nota stonata di questa ricostruzione si rinviene nella mancata previsione, *ab origine litis*, del litisconsorzio necessario con l'assicurato: in assenza di una esplicita previsione in tal senso (cfr. art. 12, comma 4), infatti, la sua partecipazione resta subordinata alla chiamata da parte dell'impresa di assicurazione che intenda agire in rivalsa.

Tale lacuna non trova facile giustificazione.

Infatti, nelle altre ipotesi di pacifica sussistenza dell'azione diretta (quelle *sub a* e *sub b*; cfr. art. 144 cod. ass.) la legge impone testualmente il litisconsorzio necessario dell'assicurato (art. 12, comma 4). Peraltro, la *ratio* di tale litisconsorzio necessario viene di solito rinvenuta nella prospettiva del necessario accertamento della responsabilità in contraddittorio con l'assicurato, (anche) in funzione della eventuale rivalsa³². Se queste sono le basi logiche del litisconsorzio, non si rinviene la ragione per cui tale litisconsorzio non dovrebbe essere imposto proprio nell'ipotesi in cui l'azione di rivalsa è, tutto sommato, più probabile. Infatti, il danneggiato che agisce nei confronti dell'assicuratore del medico ex art. 2043 c.c., quando potrebbe limitarsi alla più comoda azione *ex contractu* con la struttura, denota un'evidente *vis pugnandi* nei confronti dell'operato dell'esercente strutturato, *vis pugnandi* verosimilmente fondata sulla convinzione di riuscire a dimostrare la colpa grave dello stesso. La mancata previsione del litisconsorzio pare quindi sospetta di illegittimità costituzionale ex art. 3 Cost. e comunque per irragionevolezza, il che dovrebbe condurre ad interpretare in maniera estensiva o analogica il comma 4 dell'art. 12.

Né in senso contrario sembra invocabile la generica volontà di escludere il medico dal giudizio. Oltre al fatto che il danneggiato resta libero di agire ex art. 2043 c.c. direttamente contro l'esercente, il ragionamento conduce a risultati pratici contraddittori. L'esclusione dell'esercente strutturato dal processo – pur dipendendo in ultima istanza dalla volontà dell'attore – ha maggiori possibilità di essere perseguita in concreto se si nega in radice l'ammissibilità dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione dell'esercente strutturato, non invece avallando un'azione diretta nei confronti del suo assicuratore senza litisconsorzio necessario (ma con quello facoltativo). Solo aderendo alla tesi restrittiva, infatti, si incentiva il danneggiato a rivolgere le proprie domande altrove, ossia contro la struttura e in particolare contro la sua compagnia di assicurazione in via diretta (ipotesi *sub a*), sia in ragione del titolo (contrattuale anziché aquiliano), sia perché

³² V. *infra*, § 6.

esclusivamente da questo versante si è assistiti da azione diretta³³.

In conclusione, si evidenzia nella legge un difetto di linearità, dovuto probabilmente all'incertezza dello stesso legislatore sull'introduzione/esclusione dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione dell'esercente strutturato. *De iure condito*, la soluzione preferibile resta comunque quella dell'ammissibilità dell'azione diretta, arricchita in via interpretativa con il litisconsorzio necessario dell'esercente. Quella contraria, infatti, svuotando completamente di significato talune disposizioni normative (art. 10, comma 3, nella parte in cui rinvia all'azione di rivalsa dell'assicuratore)³⁴, non è accettabile sotto il profilo ermeneutico, anche se, a dire il vero, le sue conclusioni appaiono più coerenti con il contesto della riforma.

4. La legittimazione attiva

Quanto alla legittimazione attiva³⁵ dell'azione diretta in materia sanitaria

³³ Inoltre, va considerato che il titolo contrattuale della responsabilità della struttura offre maggiori prospettive di successo al danneggiato rispetto all'azione aquiliana esercitabile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

³⁴ Salvo ritenere che, nel rinvio all'art. 12 da parte dell'art. 10, il legislatore abbia voluto fare riferimento non tanto a un'azione di rivalsa in senso stretto dell'assicuratore dell'esercente strutturato verso il proprio assicurato, quanto piuttosto all'"azione di regresso verso gli altri responsabili (tra cui il danneggiato) esercitabile dall'assicuratore della struttura surrogatosi nei diritti dell'assicurata" (sull'uso anfibologico del termine rivalsa nella l. n. 14/2017, v. C. MASIERI, *op. cit.*, p. 770). In questa maniera, il presupposto del rinvio non sarebbe l'ammissibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore dell'esercente strutturato ma il semplice esercizio dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della struttura. Una simile interpretazione sarebbe tuttavia erranea perché, al di là della evidente forzatura terminologica, tale azione da parte dell'assicuratore della struttura è già prevista dal rinvio che l'art. 10, comma 3, fa all'art. 9, ove ai commi 5 e 6 è espressamente menzionata l'azione surrogatoria della compagnia.

³⁵ Ai fini espositivi si useranno i sintagmi "legittimazione attiva" e "legittimazione passiva" come sinonimi di "titolarità del diritto/obbligo sostanziale". Si tratta di un uso ricorrente nella pratica, ma non conforme al significato che la prevalente dottrina processualistica usa attribuire al termine "legittimazione". Infatti, sotto il profilo processuale, la legittimazione sussiste in virtù della semplice "affermazione", da parte dell'attore, di agire a tutela di un diritto proprio. Ciò deriva dal carattere astratto del diritto di azione, per cui la effettiva sussistenza e titolarità del diritto affermato è questione attinente alla sostanza e, quindi, al merito, esulando dalla prospettiva processuale. Per la dottrina maggioritaria, v., per tutti, A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in «Dig. civ.», X, Utet, Torino 1993, p. 524 segg.; per una recente riflessione critica, v. G. RUFFINI, *Sulla legge regolatrice della legittimatio ad causam*, in «Riv. dir. proc.», 2005, p. 1172 segg.

Inoltre, va precisato che, se si muove dalla premessa secondo cui il diritto oggetto

– al pari di altre questioni involgenti il nuovo istituto – occorre fare tesoro degli sviluppi di giurisprudenza e di dottrina che hanno interessato l'omologo istituto in ambito di responsabilità civile automobilistica (art. 144 cod. ass.).

Così come l'art. 144 cod. ass. menziona il «danneggiato», così l'art. 12, comma 1, l. 24/2017 si riferisce al «soggetto danneggiato», sicché vale l'insegnamento consolidato secondo cui la legittimazione spetta «a [...] qualunque persona assuma di avere patito una diminuzione patrimoniale o personale in conseguenza del sinistro. [...] L'azione diretta spetta non solo alle vittime cd. primarie del sinistro, ma anche a quelle cd. secondarie o 'di rimbalzo': ad es. i prossimi congiunti di persona deceduta o gravemente ferita; il datore di lavoro che abbia perso l'apporto del proprio dipendente, vittima del sinistro; colui che abbia dovuto rinunciare a lavorare per accudire il coniuge, vittima di un sinistro, durante la degenza»³⁶; il convivente

dell'azione diretta è un diritto proprio del danneggiato, non si tratta di legittimazione straordinaria ma di legittimazione ordinaria (art. 81 c.p.c.); G. BALENA, *op. loc. cit.*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino 2015, p. 555 seg.; ma cfr. altresì la tesi di S. SATTA, *Diritto processuale civile*, XIII ed., CEDAM, Padova 2000, p. 108 seg. (ove anche riferimenti all'impostazione prevalente e contraria), secondo cui quelle che vengono definite ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* non darebbero luogo all'esercizio di un diritto altrui, ma pur sempre all'esercizio di un diritto proprio, con la sola peculiarità che, nella specie, tale diritto è relativo a un *rapporto altrui*; nella visione sattiana del tema, quindi, convivono legittimazione straordinaria ed esercizio di un diritto proprio (connesso a un rapporto altrui): v. infatti A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, cit., p. 536 segg.

Per la completa disamina del tema, si rinvia a A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013, p. 3 segg.

³⁶ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 317; cfr. Cass. 15 settembre 2003, n. 13549, in «Arch. giur. circolaz.», 2004, p. 922. In particolare, circa il diritto al risarcimento del datore di lavoro, v. Cass., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132, in «Foro it.», 1989, I, col. 742, con note di A. DI MAJO e di D. POLETTI. Sulla legittimazione del congiunto extracomunitario v. Cass. 11 gennaio 2011, n. 540, in «Giur. it.», 2011, 2023 con nota di P. PUOTI, e *id.*, 2012, 596 con nota di D. COLUCCI, in «Corr. giur.», 2011, 495 nota di R. BONINI, in «Danno e resp.», 2011, 1025 nota di L. GREMIGNI FRANCINI, in «Fam. pers. succ.», 2011, 509, con nota di F. CORBETTA) secondo cui «interpretando l'art. 16 preleggi alla luce degli artt. 2, 3 e 10 Cost., per il principio della gerarchia delle fonti, poiché costituiscono diritti inviolabili della persona umana sia il diritto alla salute ed all'integrità psicofisica sia il diritto ai rapporti parentali - familiari, il risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) subiti dallo straniero (anche extracomunitario) in conseguenza della lesione di tali diritti, può essere fatto valere con l'azione risarcitoria, indipendentemente dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino italiano e quindi non solo contro il danneggiante (o contro il soggetto tenuto al risarcimento per fatto altrui), ma anche con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del Fondo di Garanzia per le vittime della strada».

*more uxorio*³⁷ e, ex l. n. 76/2016 (art. 1, comma 49), il convivente di fatto. Inoltre, il credito risarcitorio può essere ceduto e il cessionario è legittimato ad agire in via diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione³⁸.

La dottrina ha poi sottolineato altre questioni interpretative nascenti dal testo della riforma.

In primo luogo, è dubbio se l'azione diretta e, ancor prima, l'assicurazione obbligatoria si estendano ai danni procurati a terzi al di fuori dell'adempimento dell'obbligazione di cura³⁹. Alla stessa maniera, non è chiaro se l'azione diretta assista il diritto al risarcimento dei prestatori d'opera⁴⁰. Le perplessità nascono, per un verso, dalla non perfetta coincidenza tra l'art. 7 (responsabilità della struttura) e l'art. 10 (obbligo di assicurazione); per altro verso, dalla contraddizione sotto il profilo finalistico insita nell'azione diretta a favore del personale, avallata dall'ampio tenore letterale dell'art. 12. Ancora una volta, il senso fatto proprio dalle parole conduce nella direzione opposta rispetto a quella in principio prevista.

5. La legittimazione a contraddire

La legittimazione a contraddire non pone particolari quesiti, potendo agevolmente identificarsi il convenuto con l'impresa di assicurazione che ha stipulato la polizza. Semmai, come visto *supra*, può talvolta risultare

³⁷ Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in «Resp. civ. prev.», 1995, p. 564, con nota di S. COPPARI.

³⁸ Cass. 3 ottobre 2013, n. 22601, in «Foro it.», 2014, I, col. 876; Cass. 10 gennaio 2012, n. 52, *id.*, 2012, I, col. 492; Cass. 10 gennaio 2012, n. 51, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Cessione dei crediti*, n. 12; Cass. 13 maggio 2009, n. 11095, *ivi*, 2011, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 58; Cass. 5 novembre 2004, n. 21192, inedita. Le tre pronunce più recenti affermano che «Il cessionario può fare dunque valere l'acquisito diritto di credito al risarcimento nei confronti del debitore ceduto (nel caso che ne occupa il responsabile civile del danno e il suo assicuratore per la r.c.a.) non già in base all'art. 144 d.leg. n. 209 del 2005 (e già all'art. 18 l. n. 990 del 1969), in relazione al quale non può invero propriamente parlarsi di cessione, bensì in ragione del titolo costituito dal contratto di cessione del credito, quale effetto naturale del medesimo (art. 1374 c.c.)»; al riguardo, vi è chi critica l'argomento temendo che questo possa giustificare l'idea che l'azione del cessionario sia basata sul contratto di cessione e non sull'art. 144 cod. ass., implicando l'inapplicabilità delle disposizioni strettamente connesse all'azione diretta, tra cui, nell'ambito dell'azione ex art. 12 l. 24/2017, l'art. 8 che disciplina le condizioni di procedibilità: v. M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 622.

³⁹ M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni)*, cit., 320.

⁴⁰ M. HAZAN, *op. loc. ultt. citt.*

dubbio se alcune delle coperture assicurative imposte dalla legge siano in concreto assistite da azione diretta *ex art. 12* in favore dei danneggiati.

Ad ogni modo, va da sé che la praticabilità dell'azione diretta dipende dalla individuazione concreta dell'impresa stipulante.

A tal fine, soccorre *in primis* l'art. 10, comma 4, a mente del quale «Le strutture di cui al comma 1 rendono nota, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa della responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera di cui al comma 1, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura»⁴¹.

Per quanto riguarda gli esercenti non strutturati, invece, l'informazione è veicolata dall'adempimento delle prescrizioni dell'art. 3, comma 5, lett. e), d.l. 138/2011, conv. con mod. dalla l. 148/2011, ai sensi del quale «Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale».

6. Il litisconsorzio necessario e il litisconsorzio facoltativo

L'art. 144, comma 3, cod. ass., riproducendo quanto in origine previsto dall'art. 23 l. 990/1969, dispone che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione è chiamato anche il responsabile del danno».

L'art. 12, comma 4, dal suo canto, prevede:

⁴¹ La disposizione si completa poi con la previsione del successivo comma 7, in virtù della quale «Con decreto del Ministero dello sviluppo economico da emanare, di concerto con il Ministero della salute e sentito l'IVASS, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati i dati relativi alle polizze di assicurazione stipulate ai sensi dei commi 1 e 2, e alle altre analoghe misure adottate ai sensi dei commi 1 e 6 e sono stabiliti, altresì, le modalità e i termini per la comunicazione di tali dati da parte delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e degli esercenti le professioni sanitarie all'Osservatorio. Il medesimo decreto stabilisce le modalità e i termini per l'accesso a tali dati».

La dottrina (M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 612) pone, ma non scioglie, il dubbio relativo alla tutelabilità del danneggiato che abbia fatto affidamento su dati erronei pubblicati nel rispetto delle prescrizioni; in materia di r.c.a. infatti «perché non sussista la responsabilità dell'assicuratore pur in presenza di un certificato e contrassegno assicurativo falsificati o contraffatti, occorre che risulti provato che non sussisteva l'apparenza del diritto e che cioè l'assicuratore non aveva tenuto alcun comportamento colposo tale da ingenerare l'affidamento erroneo in questione»: così Cass. 13 dicembre 2010, n. 25130, in «Corr. giur.», 2011, 343, con nota di A. CARRATO.

- a) che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata a norma del comma 1 è litisconsorte necessario la struttura medesima»;
- b) che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria».

Si è già detto in precedenza che, se si ammette l'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione che copre la responsabilità verso terzi *ex art.* 2043 c.c. dell'esercente strutturato, ragioni di simmetria con le altre ipotesi di azione diretta impongono il litisconsorzio necessario nei confronti del medico responsabile.

Ad ogni modo, l'art. 12, comma 3, è più limpido dell'art. 144 cod. ass. (e del suo antecedente), sia perché esprime in maniera inequivoca il carattere necessario del litisconsorzio⁴², sia perché evita di definire come chiamato quello che in realtà è un litisconsorte necessariamente convenuto dall'attore⁴³.

Classicamente, il fondamento di tale specie litisconsorzio si rinviene nel nesso di pregiudizialità che lega la responsabilità del danneggiante all'obbligazione diretta dell'assicuratore. Lo scopo è la formazione di un accertamento nel contraddittorio con il responsabile⁴⁴, anche in prospettiva della contestuale o successiva proposizione nei suoi confronti dell'azione di rivalsa assicurativa⁴⁵.

⁴² Comunque pacifico in dottrina e giurisprudenza: per tutti, PAGLIARA, *L'art. 18, della legge n. 990/69, dopo vent'anni*, in «Dir. prat. ass.», 1990, 219.

⁴³ Secondo G. TARZIA, *op. cit.*, II pt., 32, si tratta di una non commendevole inelegranza di espressione; M. ROSSETTI, *Il diritto*, cit., 713, nt. 1112, parla addirittura di «balbuzie giuridica del legislatore». Difende invece la scelta lessicale G. CASTELLANO, *Il Fondo di garanzia per le vittime della strada*, in «Ass.», 1971, I, 384 s., sulla base del fatto che contro il danneggiante non si postula la proposizione di una domanda in senso tecnico ma solo una partecipazione finalizzata all'accertamento della sua responsabilità; tuttavia, come evidenzia G. TARZIA, *op. loc. cit.*, nt. 83, si tratta di un'osservazione che, pur corretta, non muta la veste di soggetto passivo dell'originaria domanda proposta dal danneggiato.

⁴⁴ Cfr. C. VOCINO, *op. cit.*, 225 ss.; E. GARBAGNATI, *Parere «pro veritate»* sull'art. 22 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, in «Dir. prat. ass.», 1972, I, 11; G. TARZIA, *op. cit.*, II, 34 ss. Secondo F.J.R. FERRARA, *op. cit.*, 764, «chiamare in giudizio non significa promuovere l'azione (alcuni confondono inesplicabilmente le due posizioni) per cui la chiamata in giudizio è prescritta perché la sentenza faccia stato anche nei confronti del responsabile e indiettramente per consentirgli di far valere le sue ragioni o intervenendo *ad adiuvandum* del danneggiato, o contrastandone l'azione, assumendo quindi una propria figura processuale».

⁴⁵ E. GARBAGNATI, *op. loc. ultt. citt.*; G. TARZIA, *op. cit.*, 34; cfr. anche G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli 1979, 438, il quale afferma che, in tal caso, «la nozione di 'utilità' della sentenza coincide con l'opponibilità del provvedimento ai responsabili del danno».

Si è sottolineato che non si tratta di un litisconsorzio *ontologicamente* necessario⁴⁶. Il che lascia aperta ogni valutazione circa l'opportunità della sua previsione.

Infatti, nonostante la dipendenza del diritto al risarcimento dalla responsabilità del danneggiante, quest'ultima ben potrebbe essere conosciuta, senza efficacia di giudicato, ai soli fini dell'accertamento del diritto del danneggiato nei confronti dell'assicuratore. Optando per il litisconsorzio facoltativo, la partecipazione del danneggiante al giudizio sarebbe rimessa alla volontà e agli interessi delle parti in causa, avallando una prospettiva più liberale. Viceversa, il litisconsorzio necessario amplia costi e rischi del processo: per un verso, crea occasioni per vizi e nullità dello stesso⁴⁷ e, per altro verso, incentiva il cumulo oggettivo di cause, dal momento che l'attore, a fronte della necessaria partecipazione del danneggiante, è indotto a coltivare anche nei suoi confronti la condanna al risarcimento.

Preso atto della scelta del legislatore, si passano in rassegna taluni corollari, molti dei quali hanno già trovato applicazione giurisprudenziale in materia di responsabilità civile automobilistica.

E dunque:

- nell'azione diretta vi è sempre un cumulo di cause: la prima avente ad oggetto, quantomeno, il mero accertamento della responsabilità del danneggiante (che appunto impone la partecipazione di questo al processo); la seconda avente ad oggetto il diritto del danneggiato

⁴⁶ G. COSTANTINO, *op. cit.*, 439 s., rileva che la nozione di utilità insita nel litisconsorzio in sede di azione diretta assicurativa è «nozione positiva, non ontologica»: «è stabilito che la questione relativa alla sussistenza della responsabilità del – presunto – danneggiante si[a] decis[a], ai sensi dell'art. 34 cod. proc. civ., con autorità di giudicato e non poss[a] essere risolt[a] *incidenter tantum*. In funzione di tale risultato è, quindi, ovvio che sia stabilita la necessità della partecipazione al processo del – presunto – responsabile». La fattispecie è spesso descritta come ipotesi di litisconsorzio *propter opportunitatem*: v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2014, 100. Di contrario avviso sembra G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano 1974, 816, nt. 49, secondo il quale «posto che sul piano sostanziale non esiste alcun rapporto giuridico diretto tra il danneggiato e l'assicuratore del danneggiante, diremmo che l'assicuratore (a differenza di un normale garante, che risponde di un debito proprio, anche se dipendente da un debito altrui) si presenta secondo l'immagine del mero responsabile per debito altrui; di conseguenza, il titolo che ne rende legittima la citazione in giudizio non è altro che il suo rapporto sostanziale con l'assicurato; di qui l'agevole inserimento del caso [...] [nella] prima categoria strutturalmente legata alle previsioni dell'art. 102 c.p.c., anche a prescindere da disposizioni espresse di legge».

⁴⁷ U. COREA, *I profili processuali*, cit., 11. Per l'idea – condivisibile – che la violazione del litisconsorzio *propter opportunitatem* non comporti un accertamento *inutiliter datum*, v. C. CONSOLO, *op loc. ultt. citt.*

nei confronti dell'assicuratore; ciononostante, nel caso risulti infondata la domanda nei confronti dell'assicuratore – ad es. per difetto di legittimazione sostanziale nel rapporto – il giudice non deve accertare la responsabilità del danneggiante litisconsorte⁴⁸;

- l'attore può comunque chiedere cumulativamente anche la condanna del responsabile, in solido con l'assicuratore⁴⁹; in tal caso, la giurisprudenza è solita precisare che si tratta di una deroga al principio di scindibilità delle cause aventi ad oggetto obbligazioni solidali⁵⁰;
- l'assicuratore può proporre, nel contesto dell'azione diretta, la propria domanda di rivalsa nei confronti dell'assicurato; poiché la domanda si rivolge nei confronti di un soggetto che, di regola, è già stato citato dall'attore, la forma è quella della domanda riconvenzionale cd. trasversale⁵¹;
- il litisconsorzio resta necessario anche se in precedenza, tra danneggiato e danneggiante, si è già formato il giudicato sulla questione pregiudiziale⁵² concernente la responsabilità di quest'ultimo, con la

⁴⁸ Il principio è argomentabile da Cass. 27 ottobre 1998, n. 10694, in «Rep. Foro it.», 1998, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 156, secondo la quale, rilevato in sede di legittimità il difetto di legittimazione passiva dell'assicuratore, la sentenza va cassata senza rinvio.

⁴⁹ Principio ormai pacifico: v., in ambito di r.c. auto, Cass. 24 aprile 2001, n. 6026: «Va, infatti osservato che, per pacifica giurisprudenza di questa Corte, [...] l'entrata in vigore della l. n. 990/1969 non ha fatto venir meno il disposto dell'art. 2054 c.c., il cui contenuto è anzi richiamato dall'art. 1 della detta legge. Pertanto il danneggiato ha conservato accanto all'azione diretta di cui all'art. 18, quella codicistica di cui all'art. 2054 c.c. contro il conducente o il proprietario del veicolo. Quanto alla possibilità di proporre cumulativamente dette azioni (quella ex art. 18 l. ass. rca e quella ex art. 2054 c.c.), dopo un iniziale contrasto giurisprudenziale, la giurisprudenza pacificamente ritiene [...] che il debito da fatto illecito che fa capo al danneggiante e quello di pagamento dell'indennizzo, che grava sull'assicuratore, sono legati da un vincolo di solidarietà, ancorché atipico, con la conseguenza che è ammissibile la proposizione cumulativa da parte del danneggiato delle relative azioni e così la condanna in solido del danneggiante e dell'assicuratore». Sulle differenti opinioni e soluzioni giurisprudenziali, ormai superate, v. criticamente M. FRANZONI, *Il terzo*, cit., 115 segg.

⁵⁰ Tra moltissime, Cass. 14 giugno 2007, n. 13955.

⁵¹ Il che comporta l'applicazione delle disposizioni relative alla domanda riconvenzionale e non quelle concernenti la chiamata in causa del terzo. Per un'applicazione recente dell'istituto, v. Cass. 16 marzo 2017, n. 6846; in senso contrario, opta per l'applicazione della disciplina della chiamata del terzo e dunque dell'art. 269 c.p.c., Cass. 12 aprile 2011, n. 8315, commentata da V. MORELLO, *Note sulla c.d. domanda trasversale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2013, 389 ss.; si rinvia alla citata nota di commento per gli ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁵² È appena il caso di precisare che se la domanda viene rivolta nei confronti del solo danneggiante, il litisconsorzio con l'assicuratore è meramente facoltativo e consegue alla

precisazione che, in tale evenienza, la responsabilità del danneggiante potrà essere contestata solo dall'assicuratore⁵³;

- nel giudizio avente ad oggetto solo l'*an* sussiste la necessità del litisconsorzio, mentre questa viene meno nel successivo (eventuale) giudizio relativo al *quantum*⁵⁴;

chiamata in causa da parte del convenuto: Cass. 30 maggio 1995, n. 6074, in «Rep. Foro it.», 1995, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 220 (cfr. TARZIA, *op. cit.*, 36, testo e nt. 96); in virtù di tale circostanza la giurisprudenza suole parlare di litisconsorzio “unilaterale” (*ex plurimis*, Cass. n. 13955/2007). La chiamata dell'assicuratore da parte dell'assicurato non vale ad estendere automaticamente la domanda dell'attore al terzo chiamato, sicché è necessario che tale domanda venga espressamente richiesta: v., tra altre, Cass. 3 novembre 2008, n. 26421, in «Rep. Foro it.», 2008, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 167. Si ammette nel caso in esame anche la chiamata per ordine del giudice: Cass. 29 novembre 1985, n. 5928, in «Rep. Foro it.», 1985, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 234; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 715, ricordando tale giurisprudenza, suggerisce un utilizzo parsimonioso del potere ufficioso in quanto esso potrebbe rimettere in termini la parte che abbia male impostato la causa, così pregiudicando la terzietà e imparzialità del giudice.

⁵³ Cfr. G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36. In giurisprudenza si rinviene un discutibile orientamento secondo cui «in caso di proposizione separata dell'azione risarcitoria contro il danneggiante senza la partecipazione neppure successiva dell'assicuratore, la sentenza di condanna, che sia passata in giudicato, spiega efficacia riflessa nel senso che, pur essendo emessa nei confronti del danneggiante e del danneggiato, i quali non possono perciò pretendere di estenderne, *sic et simpliciter*, gli effetti nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, fa stato, tuttavia, nei confronti dell'assicuratore per quanto concerne la sussistenza dell'obbligo risarcitorio del danneggiante e del correlativo debito, atteso che l'assicuratore non è titolare di una posizione autonoma rispetto al rapporto cui si riferisce la sentenza e non può disconoscere l'accertamento in essa contenuto come affermazione oggettiva di verità»: Cass. 12 maggio 2005, n. 10017, in «Corr. giur.», 2005, 1664, e già Cass. 16 ottobre 2001, n. 12612, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 114, e più di recente, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1359, *ivi*, 2012, voce cit., n. 149; cfr. anche Cass. 20 febbraio 2013, n. 4241, *ivi*, 2013, voce cit., n. 161. Tale efficacia riflessa è predicata sia per il caso di successiva azione del danneggiante volta ad ottenere l'indennizzo, secondo lo schema ordinario del contratto di assicurazione, sia per il caso di successiva azione diretta da parte del danneggiato contro l'assicuratore.

⁵⁴ Il principio è espresso da Cass., sez. un., 15 ottobre 1982, n. 5350, in «*Giust. civ.*», 1983, I, 148. Esso appare discutibile e comunque non del tutto coerente col diverso principio per cui «In tema di assicurazione obbligatoria per responsabilità civile da circolazione di veicoli a motore, allorché l'assicuratore proponga appello, sia pure limitato al *quantum debeat*, nei confronti del solo danneggiato, che aveva promosso azione diretta, si impone sempre il litisconsorzio necessario del proprietario del veicolo assicurato, essendo evidente l'interesse di questo a prendere parte al processo allo scopo di influire sulla concreta entità del danno, di cui egli potrebbe rispondere in via di rivalsa verso il medesimo assicuratore»: così la massima ufficiale di Cass., sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9112; in precedenza già Cass., 29 novembre 2005, n. 26041, aveva puntualmente affermato che «la

- se si ammette l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile dell'esercente strutturato e, del pari, si ritiene che anche in questa ipotesi il litisconsorzio debba estendersi al danneggiante, il relativo litisconsorte necessario va individuato nell'esercente la professione sanitaria (responsabile assicurato), e non nella struttura (che ha stipulato il contratto di assicurazione)⁵⁵;
- l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile è efficace anche se proposta da uno soltanto dei litisconsorti convenuti⁵⁶;
- la dichiarazione confessoria resa da uno dei due convenuti (di solito, il danneggiante) non spiega efficacia di prova legale neppure nei confronti del confitente, ma è liberamente apprezzata dal giudice ai sensi dell'art. 2733, comma 3, c.c.⁵⁷; in maniera analoga, la

necessità di partecipazione al giudizio instaurato contro l'assicuratore del proprietario del veicolo o del natante perman[e] anche se non sia più in discussione l'*an debeatur*, perché non più in discussione nei gradi di impugnazione dell'unico giudizio proposto»; *contra*, in maniera isolata, Cass., 17 luglio 2002, n. 10386, la quale, richiamando proprio Cass. n. 5350/1982 cit., sostiene che «una volta formatosi il giudicato sulla responsabilità, la permanenza ai tali soggetti diventa superflua nel giudizio sul *quantum debeatur*, anche ai fini dell'esercizio di rivalsa, rientrando il medesimo nella piena discrezionalità dell'assicuratore, indipendentemente dalla posizione del danneggiato, mentre la condanna al risarcimento del danno dell'assicuratore in via solidale con il responsabile del danno rende, per la natura stessa dell'obbligazione, facoltativa l'integrazione del contraddittorio».

⁵⁵ Cfr. Cass., 2 dicembre 2014, n. 25421, in «Foro it.», 2015, I, col. 485, secondo la quale, in ambito di responsabilità civile automobilistica, «Nel giudizio di risarcimento del danno proposto dalla vittima di un sinistro stradale nei confronti dell'assicuratore del responsabile, litisconsorte necessario ai sensi della L. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 18, (ovvero, oggi, dell'art. 144 cod. ass.) è unicamente il proprietario del veicolo che ha causato il danno, a nulla rilevando che il contratto di assicurazione sia stato stipulato per conto altrui da persona diversa tanto dal conducente, quanto dal proprietario».

⁵⁶ Muovendo proprio da un caso di azione diretta di responsabilità civile automobilistica la Corte costituzionale ha infatti «dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 38 e 102 del codice di procedura civile, nella parte in cui, in ipotesi di litisconsorzio necessario, consente di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti»: Corte cost. 8 febbraio 2006, n. 41, in «Foro it.», 2006, I, col. 973, con nota di G. COSTANTINO, *Eccezione di incompetenza, litisconsorzio necessario, inscindibilità delle cause*.

⁵⁷ Cass. 13 febbraio 2013, n. 3567, in «Foro it. Rep.», 2013, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 162; Cass. 13 luglio 2010, n. 16376, in «Foro it.», 2010, I, col. 3386; Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10311, *ivi*, 2006, I, col. 3107, e note di G. REALI e F. CIPRIANI, *ivi*, 2007, I, 1259. In dottrina, in questo senso già G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36. Cfr., tuttavia, G. COSTANTINO, *Litisconsorzio (diritto processuale civile)*, in «Enc. giur.», Treccani, Roma 1990, *ad vocem*, § 1.3, e spec. § 4.4, secondo cui «la necessità va riferita all'unità della decisione e non alla partecipazione di più soggetti al processo», sicché «la confessione o il giuramento dovranno essere resi congiuntamente (per evitare che le dichiarazioni

contestazione di uno dei convenuti ovvero la contumacia di uno di essi impedisce l'applicazione del principio di non contestazione *ex art. 115 c.p.c.*⁵⁸;

- il fallimento dell'assicurato contro cui sia stata proposta domanda di condanna in solido con l'assicuratore determina l'improseguibilità dell'intero giudizio, a meno che il danneggiato non rinunci alla pretesa nei confronti del fallito ovvero non dichiari formalmente che la richiesta condanna nei confronti del fallito debba intendersi eseguibile solo nell'ipotesi di ritorno *in bonis*⁵⁹;
- il litisconsorzio necessario permane, di regola⁶⁰, in sede di gravame ai sensi dell'art. 331 c.p.c., con tutto quel che ne consegue⁶¹;
- la violazione del litisconsorzio necessario comporta l'applicazione della rimessione al primo giudice, ai sensi degli artt. 354 e 383

siano liberamente apprezzate dal giudice) nei casi in cui i consorti di lite possano disporre solo congiuntamente dei diritti ai quali i fatti oggetto di prova si riferiscono».

⁵⁸ Cfr. Cass. 19 ottobre 2016, n. 21096, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Prova civile*, n. 21, la quale precisa che la mancata contestazione da parte di uno dei convenuti, nella contumacia dell'altro, costituisce circostanza di fatto liberamente apprezzabile dal giudice.

⁵⁹ Di recente Cass. 8 gennaio 2016, n. 128, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 140, e già Cass. 26 giugno 2012, n. 10640, in «Ass.», 2012, 704, e Cass. 5 agosto 2011, n. 17035, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Fallimento*, n. 353. In entrambi i casi – rinuncia alla pretesa nei confronti del fallito responsabile ovvero richiesta di condanna nei confronti dello stesso da valersi nel solo caso di ritorno *in bonis* – la soluzione impone di fatto un litisconsorzio svuotato di contenuto. Infatti, benché si richieda comunque la presenza del fallito nel giudizio in persona del curatore, ciò non determina alcun effetto di accertamento nei confronti del fallimento. Questa è la conseguenza, barocca ma forse inevitabile, del forzato coordinamento tra prosecuzione dell'azione diretta, rispetto della norma sul litisconsorzio ed esclusività del procedimento di accertamento del passivo in sede fallimentare.

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. un., 20 luglio 1983, n. 5220, in «Rep. Foro it.», 1983, voce *Impugnazioni civili*, n. 156; Cass., sez. un., n. 10311/2006 cit.; Cass. n. 9112/2014 cit. Per l'insussistenza del litisconsorzio in sede di gravame quando non sia più in contestazione l'*an debeat* (ossia la responsabilità del danneggiante) v., invece, Cass. n. 10386/2002, cit.; cfr. anche Cass. 25 luglio 2000, n. 9744, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 109, la quale ha ritenuto che l'assicuratore non sia litisconsorte necessario ove l'impugnazione abbia ad oggetto la sola obbligazione risarcitoria del danneggiante oltre il massimale. Sul tema v. anche *supra*, nt. 53.

⁶¹ Ad esempio, che l'impugnazione è tempestiva se notificata nel termine di decadenza ad almeno uno dei litisconsorti necessari, potendosi poi provvedere a citare gli altri in adempimento dell'ordine di integrazione del contraddittorio *ex art. 331 c.p.c.*: per l'applicazione di tale principio in materia di azione diretta, v. Cass. 26 febbraio 2003, n. 2888, in «Rep. Foro it.», 2003, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 143.

c.p.c.⁶² e l'impugnabilità della sentenza da parte del litisconsorte pretermesso (*i.e.*, l'assicurato) mediante opposizione di terzo *ex art.* 404, comma 1, c.p.c.⁶³.

Ovviamente, si possono verificare anche ipotesi di litisconsorzio facoltativo. Oltre a quelle già in precedenza prospettate, si sottolinea l'eventualità di un cumulo di azioni dirette: ad esempio, il cumulo dell'azione diretta contro l'assicuratore della struttura con l'azione diretta contro l'assicuratore dell'esercente⁶⁴.

Peraltro, nel caso di azione diretta nei confronti del solo assicuratore della struttura, la partecipazione al giudizio dell'esercente responsabile potrebbe realizzarsi anche in via di intervento volontario – *ex art.* 105 c.p.c. – da parte di quest'ultimo, stimolato dalla comunicazione di cui all'art. 13⁶⁵.

7. Il regime delle eccezioni

Riprendendo la scelta già compiuta in materia di responsabilità civile automobilistica, l'art. 12, al comma 2, prevede delle limitazioni circa l'opponibilità al danneggiato delle eccezioni derivanti dal contratto.

Testualmente, la disposizione recita: «Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite da decreto di cui all'articolo 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 10, comma 2».

L'inopponibilità è collegata con l'azione di rivalsa disciplinata dal successivo comma 3, a mente del quale «l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, stabiliti dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6».

⁶² G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36; G. COSTANTINO, *Contributo*, cit.

⁶³ G. TARZIA, *op. loc. ult. cit.*, nt. 96, a contestazione dell'opinione contraria di C. VOCINO, *op. cit.*, 227; cfr. anche G. COSTANTINO, *Contributo*, cit., 439, secondo il quale, in caso di violazione degli artt. 354 e 383 c.p.c., si applicherebbe il principio generale espresso dall'art. 1485, comma 1, c.c.

⁶⁴ M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 636 segg., evidenzia le resistenze che le compagnie potrebbero dimostrare in sede di accertamento tecnico preventivo con riferimento all'obbligo di formulazione di proposte di liquidazione, resistenze dovute ai pregiudizi economici in cui potrebbe incorrere la compagnia che addivenisse per prima al pagamento nei confronti del danneggiato.

⁶⁵ M. HAZAN, *op. ult. cit.*, 636.

In primo luogo, in merito a tale inopponibilità, va detto che si tratta di questione non attinente al processo ma al diritto sostanziale. Infatti, le eccezioni non opponibili al danneggiato semplicemente non costituiscono fatti modificativi/impeditivi/estintivi del diritto al risarcimento che questo vanta, in proprio, verso l'assicuratore.

La funzione dell'inopponibilità è quella di rendere il diritto al risarcimento verso l'assicuratore quanto più sovrapponibile, dal punto di vista oggettivo, al diritto al risarcimento che il danneggiato vanta nei confronti del danneggiante, con beneficio per la soddisfazione completa di questo.

La effettiva latitudine di tale sovrapposizione dipenderà dalla normazione secondaria cui l'art. 12 rinvia. Vi sono tuttavia le premesse perché all'assicuratore della responsabilità sanitaria possano essere concesse facoltà di eccezione maggiori rispetto all'assicuratore della responsabilità civile automobilistica.

Infatti, l'art. 144 cod. ass. specifica che non sono opponibili dall'assicuratore nemmeno «le clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno». Tale puntualizzazione non si rinviene invece nell'art. 12, comma 2, l. n. 14/2017. È dunque possibile che il diritto al risarcimento diretto verso l'assicuratore possa essere limitato non solo nel suo importo massimo (massimale) ma anche dall'operatività di clausole di franchigia o di scoperto o dalla cd. *self insurance retention* (SIR)⁶⁶. Il dubbio dovrà essere sciolto dal decreto ministeriale, ma è probabile che l'omissione, lungi dal costituire una mera dimenticanza del legislatore, rappresenti uno strumento di flessibilità per attrarre le compagnie ad operare nel settore ovvero per scongiurarne la fuga⁶⁷.

8. Altre questioni processuali. Rinvio

Occorre infine rammentare che il legislatore, si è premurato di garantire alle parti (imprese di assicurazione, esercenti la professione sanitaria e danneggiato) il «diritto di accesso alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro» (art. 12, comma 4, secondo periodo).

La disposizione rappresenta un corollario di quanto previsto in via più generale dall'art. 4, comma 2.

Ci si potrebbe interrogare sul significato da attribuire all'espressione

⁶⁶ M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 628 seg.

⁶⁷ F. MARTINI, *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, cit., § 3.

«ogni fase della trattazione del sinistro». Anche in ragione della collocazione all'interno di un comma disciplinante una questione strettamente processuale come il litisconsorzio necessario, si potrebbe ritenere che la disposizione consenta alla parte di avanzare richiesta di esibizione *ex art.* 210 c.p.c. anche dopo che si siano formate le ordinarie barriere preclusive del rito prescelto.

Una simile interpretazione, tuttavia, oltre che non facilmente giustificabile appare tutt'altro che impeccabile sul piano letterale: in primo luogo, «ogni fase» sembra significare che il diritto di accesso può esercitarsi sia prima del processo sia durante lo stesso; inoltre, il «sinistro» è cosa diversa dal «processo», sicché il termine «trattazione» si veste di un significato non processuale.

Ad ogni modo, la disposizione⁶⁸ va correlata con le altre che, alla stessa maniera, tendono a favorire la circolazione delle informazioni e, quindi, l'accesso ai documenti aventi efficacia dimostrativa diretta o indiretta dei fatti costitutivi (ovvero dei fatti impeditivi/modificativi/estintivi) del diritto azionato (cfr. art. 2, comma 2-4, art. 4, comma 2-3). Anche in questo ambito il legislatore si mostra, tuttavia, sensibile al bilanciamento degli interessi: funge infatti da contrappeso la riservatezza garantita ai verbali e agli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico (*risk management*), i quali non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari (art. 16, comma 1, che modifica il secondo periodo dell'art. 1, comma 539, lett. a, l. n. 208/2015)⁶⁹.

Ovviamente, il tema dell'azione diretta si interseca e genera esso stesso anche altre questioni di carattere processuale (ad esempio, le condizioni di procedibilità, il rito ecc.). Si rinvia ai contributi del volume che affrontano *ex professo* tali problematiche.

Abstract

Si analizza la nuova azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore introdotta dalla legge di riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017, art. 12), con particolare riferimento all'ambito di applicazione, alla legittimazione e al litisconsorzio.

⁶⁸ F. MARTINI, *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, cit., § 4, evidenzia l'assenza di un regime sanzionatorio in caso di inottemperanza alla richiesta di accesso, salvo comunque il risarcimento dei danni.

⁶⁹ V., al riguardo, C. MASIERI, *op. cit.*, 769 seg.

Nota biografica

Fabio Cossignani è assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre e avvocato del Foro di Ascoli Piceno. È autore di numerosi articoli e note a sentenza pubblicati in volumi collettanei e nelle principali riviste scientifiche italiane.

