

***L'intervento nomofilattico della Suprema Corte  
in materia di responsabilità medico-sanitaria, con particolare  
riferimento al diritto all'autodeterminazione, al diritto di rivalsa e alle  
questioni di diritto intertemporale. \****

*Irene Ambrosi*

**Sommario:** 1. Il metodo di lavoro utilizzato in materia di responsabilità professionale medica e la pubblicazione delle pronunce della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione in data 11 novembre 2019. 2. La lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente causato dalla violazione da parte del medico dell'obbligo di acquisire il consenso informato all'intervento (o ad altra prestazione medica) è autonomo diritto. 3. La misura del diritto di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico. 4. L'applicabilità immediata dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005.

***1. Le pronunce della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione in data 11 novembre 2019 in materia di responsabilità professionale medica.***

Il metodo di lavoro utilizzato dalla Sezione Terza nella materia della responsabilità sanitaria (ma anche, da ultimo, in altri ambiti come la materia delle locazioni e delle esecuzioni) trae fondamento dalla posizione di garanzia attribuita alla Corte Suprema di Cassazione nell'ordinamento quale vertice della giurisdizione, a presidio della «*esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*»<sup>1</sup>. L'esigenza di uniformità cui la funzione nomofilattica risponde non ha soltanto una connotazione astratta, relegata alla sfera ermeneutica della legge, ma assume un *rilievo decisivo e concreto* in un'ottica di prevedibilità (e di *calcolabilità*) della decisione in funzione deflattiva nel senso di prevenire la instaurazione di contenziosi, tracciando dei binari all'interno dei quali

<sup>1</sup> Art. 65, legge sull'ordinamento giudiziario 30 gennaio 1941 n. 12.

\*Il testo scritto ripropone quasi testualmente l'intervento svolto dall'Aurice nel Convegno tenutosi in Corte di cassazione, Aula avvocati, in data 2 dicembre 2019 dal titolo LA "SVOLTA" GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ MEDICO-SANITARIA. PRIME VALUTAZIONI DELL'INTERVENTO NOMOFILATTICO DELLA SUPREMA CORTE, organizzato dall'Ordine degli avvocati di Roma, Organismo di mediazione forense U.N.A.M. Roma con il patrocinio de "il Foro Italiano".

possano modularsi i comportamenti dei consociati e degli operatori del diritto.

La descritta funzione centrale attribuita alla Corte di cassazione echeggia nelle parole pronunciate in Assemblea Costituente da Calamandrei *“(...) il fine ultimo che essa persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa (...). Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di coordinamento tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto (...). In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un’efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali”*<sup>2</sup>.

In via generale, verso una tendenziale coerenza delle decisioni giudiziarie, si è espressa in ambito europeo la Corte EDU, secondo la quale l’uniformità di giudizio tra diversi uffici giudiziari costituisce obiettivo essenziale da raggiungere in funzione della tutela del diritto fondamentale protetto dall’art.6 della Convenzione

In via particolare, il metodo di lavoro adottato è consistito nello spoglio capillare di tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Terza Sezione Civile in materia di responsabilità sanitaria, nell’individuazione delle questioni rilevanti o ricorrenti in tale ambito attraverso un lavoro collegiale di analisi e discussione, con accorpamento finale dei ricorsi per questioni omogenee e decisione e fissazione di tre udienze pubbliche ravvicinate, dedicate alle tematiche individuate, composta da collegi variabili con un consigliere membro fisso al fine di evitare incoerenze o contrasti inconsapevoli<sup>3</sup>.

Questo lavoro di analisi e scelta delle questioni rilevanti in tema di responsabilità sanitaria va pure contestualizzato, per così dire, storicamente attraverso i dati provenienti dal contesto sociale che rendevano utile e opportuno un intervento nomofilattico di sintesi. Da un lato, l’emersione del fenomeno della *medicina cd. difensiva* che ha proiettato riflessi negativi sia in termini di cure inappropriate nei confronti

---

<sup>2</sup> P. Calamandrei-Furno. -*Cassazione civile*, in Novissimo Digesto Italiano, II, Torino, 1958, 1055.

<sup>3</sup> Cfr. S. Olivieri, *Rassegna delle sentenze pubblicate in data 11 novembre 2019 in materia di responsabilità professionale medica*, relazione svolta in data 27 novembre 2019 in occasione del Convegno tenutosi in Aula Magna della Corte di cassazione in data 27 novembre 2019 dal titolo “La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità”.

dei pazienti sia sulle finanze dello Stato e delle Regioni in termini di costi economici, nonché sul piano speculare del contenimento dei costi assicurativi (per la mancanza di un preciso tetto tabellare ai temuti risarcimenti del danno non patrimoniale da *medical malpractice*)<sup>4</sup>; dall'altro, le rilevanti modifiche normative intervenute in materia sanitaria volte a scongiurare i rischi connessi agli effetti distorsivi derivanti dai fenomeni sopra descritti e con l'intento di porre un freno al governo giurisprudenziale della materia con un ritorno alla disciplina positiva<sup>5</sup>.

Le questioni sulle quali le decisioni in esame si sono espresse<sup>6</sup> possono essere raggruppate nei seguenti quattro ambiti:

1) nesso di causa: n. 28991 del 2019 (in caso di inesatto adempimento della prestazione sanitaria); n.28993 del 2019 (in caso di perdita di *chance*); n. 28995 del 2019 (in caso di consenso informato);

2) liquidazione del danno: n. 28986 del 2019 (come si risarcisce se la vittima era già invalida?); n. 28988 del 2019 (criterio tabellare e personalizzazione del danno); n. 28989 del 2019 (come si risarcisce il danno non patrimoniale da perdita del congiunto?);

3) diritto di rivalsa della struttura sanitaria (che ha risarcito il terzo danneggiato) nei confronti del medico: n. 28987 del 2019.

4) diritto intertemporale: n. 28990 del 2019 (legge Balduzzi); n. 28994 del 2019 (legge Bianco-Gelli).

Mi occuperò del diritto all'autodeterminazione, del diritto di rivalsa e delle questioni di diritto intertemporale.

## ***2. La lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente causato dalla violazione da parte del medico dell'obbligo di acquisire il consenso informato all'intervento (o ad altra prestazione medica) è autonomo diritto.***

---

<sup>4</sup> Nel 1° Rapporto Eurispes sul sistema sanitario, Milano, 2017, 122 e ss. si dà conto dei dati raccolti dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari nel 2015. A fronte di 34.000 denunce annue dei pazienti per danni subiti nelle strutture ospedaliere o negli studi medici (il 78 % ha ad oggetto lesioni personali, il 7,8% il decesso) nel 95% si giunge all'assoluzione del medico nel penale; le domande di risarcimento dei danni nel civile vengono accolte nel 34% dei casi. Rispetto alla percezione dei medici, per il 77 per cento ritenevano che il rischio giudiziario costituisse una indebita pressione sulla attività svolta e compromettesse la qualità delle cure e il rapporto medico paziente.

<sup>5</sup> Il decreto-legge 13 settembre 2012 n. 158 recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute", convertito in legge 8 novembre 2012 n. 189 (decreto cd Balduzzi). La legge 8 marzo 2017, n.24, frutto di un lungo iter legislativo (legge cd Gelli-Bianco). Nello stesso anno, l'entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in tema sia di consenso informato e di rifiuto del trattamento medico sia di disposizioni anticipate di trattamento, il cui iter parlamentare travagliato, durato quasi un decennio, rappresenta la misura delle difficoltà con le quali la società civile si misura nel difficile bilanciamento tra diritti nascenti dal progresso della scienza e quelli tradizionali posti in crisi da quest'ultima.

<sup>6</sup> Sentenze della Terza Sezione civile dalla n. 28985 alla n. 28994 del 2019.

La sentenza n. 28985 del 2019<sup>7</sup> (pronunciando in ordine alla domanda risarcitoria avente per oggetto i danni da mielopatia dorsale, conseguiti a causa delle eccessive dosi di irradiazioni radioterapiche somministrate ad una paziente oncologica affetta da linfogranuloma di Hodgking), in linea di continuità con un orientamento già espresso nell'ultimo decennio<sup>8</sup>, ha voluto ribadire che **la violazione dell'obbligo informativo può determinare la lesione di due distinti diritti**<sup>9</sup>: quello **“all'autodeterminazione e quello alla salute”** del soggetto danneggiato, che trovano fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e negli artt. 1, 2, 3 e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di due diritti fondamentali della persona: quello del diritto all'autodeterminazione (in piena consapevolezza e libertà il paziente decide di sottoporsi ad interventi, accertamenti diagnostici a terapie farmacologiche) e quello alla salute, inteso come diritto dello stesso paziente alla propria integrità psico-fisica.

A tali diritti corrisponde l'obbligo del medico (ininfluente che tale obbligo sia ricondotto all'interno della prestazione di natura contrattuale o extracontrattuale) di fornire informazioni dettagliate al paziente come adempimento strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico/chirurgico, della sua portata ed estensione, dei rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative.

**Sul versante probatorio**, la sentenza afferma che non è sufficiente la mera allegazione e prova di tale “condotta omissiva” al fine di assolvere alla prova dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria, occorrendo dimostrare, per affermare la responsabilità del medico, oltre alla lesione del diritto, quale sia stata la conseguenza pregiudizievole in concreto

<sup>7</sup> Pres. G. Travaglino - rel. S. Olivieri.

<sup>8</sup> Vengono richiamate: Sez. 3 9 febbraio 2010 n. 2847 e Sez. 3 23 marzo 2018 n. 7248.

<sup>9</sup> legge 22 dicembre 2017, n.219 (norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento) (Art. 1 Consenso informato) “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo di consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”.

E' promossa la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato” nel bilanciamento tra autonomia decisionale del paziente e competenza, autonomia decisionale e responsabilità del medico”.

L'art. 3

derivata e la incidenza causale della lesione del diritto alla autodeterminazione (*eventus damni*) sulla conseguenza dannosa allegata.

Nella fattispecie esaminata - in cui l'intervento terapeutico era risultato "non corretto" ed aveva integrato lesione del diritto alla salute ed il conseguente danno biologico, la ulteriore condotta violativa del diritto alla autodeterminazione consistita nella mancata informazione volta ad acquisire il consenso (qualora fosse accertato che il paziente, se reso edotto, avrebbe rifiutato il trattamento)- verrebbe ad innestarsi come "antecedente causale concorrente" nella sequenza eziologica produttiva del danno alla salute; ma sottolinea la Corte, potrebbe ipotizzarsi il caso in cui la violazione del diritto può avere ad oggetto, a fronte di un trattamento terapeutico esatto, anche altre conseguenze pregiudizievoli di natura non patrimoniale, non trattandosi soltanto di una valutazione complessiva dei costi benefici del risultato terapeutico, ma investendo pure aspetti collaterali invalidanti i tempi della riabilitazione, le sofferenze dovute ai postumi, la accettazione di eventuali irreversibili mutamenti delle abituali condizioni di vita.

Secondo la Corte, *elemento "costitutivo" del nesso eziologico ex art. 1223 c.c.* tra la omessa informazione e le conseguenze pregiudizievoli allegate (tanto se peculiari alla sola lesione della autodeterminazione, quanto se riferite al solo danno biologico) è *la scelta* che avrebbe compiuto il paziente, se correttamente informato.

La sentenza indica cinque possibili situazioni prospettabili di omessa informazione, tenuto conto della rilevanza plurioffensiva della condotta di omessa informazione:

- a) **irrilevanza** causale: *omessa informazione*- = *assenso provato ex post (avrebbe comunque scelto di sottoporvisi) = terapia correttamente eseguita* = assenza di danno alla salute e all'autodeterminazione;
- b) **rilevanza** causale della condotta omissiva: *omessa informazione=scelta dissenso provata =terapia scorrettamente eseguita* = sussistenza del danno alla salute e del danno all'autodeterminazione;
- c) **rilevanza** causale: *omessa informazione=scelta dissenso non provata =prestazione terapeutica scorretta* = sussistenza del solo danno alla salute;

- d) **rilevanza** causale: omessa *informazione*=*scelta dissenso provata* =*prestazione terapeutica corretta* = sussistenza del danno all'autodeterminazione (e danno alla salute soltanto nel caso di danno differenziale);
- e) **rilevanza** causale: omessa *o inadeguata diagnostica senza danno alla salute*=*scelta dissenso provata* =*prestazione terapeutica corretta (tristest senza aver informato della poca attendibilità a fronte dell'esame amniocentesi)*<sup>10</sup> = sussistenza del solo danno all'autodeterminazione.

Nell'**accertamento del danno non patrimoniale** la Corte ribadisce i limiti alla risarcibilità che sono quelli consolidati della serietà e gravità del pregiudizio (SS.UU. n. 26972 del 2008 e Sez. 3 n. 26975 del 2008) oltre un certo limite di tollerabilità da individuarsi ad opera del giudice nel bilanciamento con il principio di solidarietà come ricostruito in un determinato contesto sociale.

Il problema del **riparto dell'onere della prova** viene risolto con l'applicazione del "*criterio di vicinanza della prova*" per cui, a fronte di una indicazione terapeutica necessaria, è il paziente che deve dimostrare che non avrebbe voluto sottoporsi alla cura.

### ***3. La misura del diritto di rivalersi della struttura sanitaria nei confronti del medico.***

La sentenza n. 28987 del 2019<sup>10</sup> (pronunciando, nella specie, in ordine alla domanda risarcitoria avente per oggetto i danni conseguiti da tre interventi chirurgici di mastoplastica, per i quali era stata affermata la responsabilità solidale della struttura e del medico sia in prime cure sia in appello), è stata l'occasione per analizzare la relazione solidale che si instaura nei rapporti interni tra medico e struttura, anche alla luce della peculiare azione di "rivalsa" disciplinata dall'art. 9 della legge 24 del 2017<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Pres. G. Travaglino, rel. P. Porreca.

<sup>11</sup> Il presupposto dell'azione di rivalsa è che essa può essere esercitata nei confronti dell'esercente la professione medica soltanto in caso di dolo e colpa grave (art. 9 comma 1). In proposito, vi è dunque subito da notare un disallineamento tra presupposti che danno vita a responsabilità civile della struttura la quale risponde anche per colpa lieve, rispetto a quella prevista per il medico il quale risponde soltanto in caso di dolo e colpa grave, con l'ulteriore particolarità che l'azione di rivalsa della impresa di assicurazione nei confronti del medico non è prevista in caso di colpa lieve di questi.

Sullo sfondo, la pronuncia presuppone le questioni che attengono, da un lato, alla scelta operata dalla giurisprudenza di legittimità (risalente all'anno 1999<sup>12</sup>) di inquadrare la responsabilità civile della struttura sanitaria e del medico operante in essa, all'interno della responsabilità contrattuale al fine di assicurare meccanismi protettivi a favore del paziente danneggiato, giustificati, per un verso, sull'affidamento che lo stesso paziente ripone sulla professionalità del medico e per un altro verso, in ragione della difficoltà di ricostruire il rapporto tra paziente e medico alla stregua della responsabilità del *neminem laedere* operante nei confronti "del chiunque" e, dall'altro lato, alla scelta normativa compiuta dalla legge n. 24 del 2017 (art. 7) di travolgere l'assetto giurisprudenziale tradizionale del contatto sociale qualificato ed instaurare un regime binario di responsabilità stabilendo che *la struttura sanitaria risponde contrattualmente ex art. 1218 e 1228 c.c. dell'operato doloso e colposo dei medici di cui si avvale e che l'esercente sanitario e il medico ex art. 2043 c.c..*

La pronuncia sottolinea che la recente legge n. 24, citata, con riferimento alla rivalsa supera il problema della recuperabilità totale o parziale della somma versata a titolo di risarcimento, in quanto impedisce alla struttura, pubblica o privata, di recuperare un importo "*superiore al triplo del maggior reddito*" percepito dal sanitario nel triennio (art. 9, comma 5 dipendenti pubblici; art. 9, comma 6 dipendenti privati).

---

Viene previsto che nel caso in cui il medico non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento del danno avvenuto sulla base del titolo giudiziale e stragiudiziale ed è esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento.

Inoltre, viene chiarito che la decisione pronunciata contro la struttura e contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se il medico non è stato parte.

Per quanto concerne l'azione di rivalsa, la misura della rivalsa e della surrogazione richiesta dalla impresa di assicurazione non può superare una somma "pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno, immediatamente precedente o successivo". (Art. 9 comma 6) (Scompaiono le parole "pari al valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo" sostituite dall'art. 11 della legge 11 gennaio 2018, n. 3).

Sono previsti stringenti obblighi di comunicazione a carico della struttura. L'art. 13 stabilisce che la struttura comunichi all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio nei propri confronti entro 45 giorni (10 giorni era il termine originario sostituito dall'art. 11 della legge 11 gennaio 2018, n. 3) dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo (l'art. 13 comma 1) e che l'omissione tardività e incompletezza degli adempimenti previsti preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa e dell'azione di responsabilità amministrativa (art. 9).

<sup>12</sup> Sentenza n. 589 del 1999.

Resta da risolvere la questione nel regime *ante* legge n.24 del 2017 ovvero quale sia il limite posto all'azione di rivalsa nei rapporti interni tra condebitori solidali.

La sentenza premette che la rivalsa nel sistema del diritto civile può distinguersi a seconda degli ambiti di responsabilità, contrattuale o aquiliana, rispettivamente considerati:

- in ambito contrattuale, la struttura risponde per **responsabilità diretta** ex **art. 1228 c.c.** tenuto conto che l'attività dell'ausiliario è incardinata nel programma obbligatorio e alla struttura è *naturalisticamente* preclusa la possibilità di adempiere direttamente; in altri termini si tratta della responsabilità *per fatto proprio* di chi ha *volontariamente* incaricato l'ausiliario e organizzato attraverso questo incarico l'esecuzione della propria obbligazione; quindi, trattandosi di una responsabilità per fatto proprio, la rivalsa è dunque soltanto *pro quota*, rispondendo la struttura per responsabilità organizzativa propria;
- in ambito extracontrattuale, la struttura risponde per **responsabilità indiretta** ex **art. 2049 c.c.:** in tal caso manca alcun contributo causale dell'ente alla produzione del danno e la obbligazione solidale del padrone/committente è costruita dalla legge come una garanzia (responsabilità oggettiva) a tutela del danneggiato; la rivalsa è dunque per l'intero, essendo (il medico) l'unico autore del danno.

La sentenza non indaga l'ipotesi inversa (ex art. 10, comma 2), che rimane quindi da definire, del medico "*libero-professionista*" che assume direttamente l'obbligazione contrattuale con il paziente, e che agisce "*all'interno*" od "*avvalendosi*" della struttura (locali e attrezzature etc. assistenza infermieristica) dell'ente

La pronuncia analizza e considera inoltre le tre possibili soluzioni della questione relativa ai rapporti interni tra struttura e medico:

- 1) La struttura è esclusivamente responsabile e non può rivalersi sul medico (la condotta dell'ausiliario rientra nel percorso attuativo dell'obbligazione assunta senza deviazioni) in quanto la responsabilità si colloca nell'area del rischio dell'impresa sanitaria;
- 2) il medico è esclusivamente responsabile in ipotesi di colpa esclusiva di quest'ultimo con rivalsa integrale;
- 3) La responsabilità è ripartita tra struttura e sanitario anche nel caso di colpa esclusiva di quest'ultimo, salvo i casi del tutto eccezionali, *di*



*inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile, e oggettivamente improbabile devianza da quel programma condiviso di tutela della salute.*

Il Collegio ha scelto quest'ultima soluzione, anche sulla base di una recentissima sentenza delle Sezioni Unite n. 13246 del 16 maggio 2019, con la quale è stato affermato che lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del suo dipendente anche quando questi abbia approfittato delle proprie attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle della amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da *un nesso di occasionalità necessaria* con le funzioni o poteri che esercita o di cui è titolare, nel senso che la condotta illecita dannosa - e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi - non sarebbe stato possibile, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri che, per quanto devianti o abusivi od illeciti, non ne integri uno sviluppo oggettivamente anomalo.

Vengono richiamate le presunzioni legali di “pari responsabilità/grado della colpa” di cui agli artt. 1298 e 2055 c.c., salvo che venga fornita specifica prova, atta a superare la presunzione, diretta a pervenire ad una diversa ripartizione delle quote.

Va rimarcato come la Corte abbia evidenziato che il medico operi pur sempre nel contesto dei servizi resi dalla struttura presso cui svolge l'attività, stabile o saltuaria, per cui la sua condotta negligente non può essere agevolmente "isolata" dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, di cui il medico stesso è parte integrante, mentre il già citato art. 1228, c.c., fonda, a sua volta, l'imputazione al debitore degli illeciti commessi dai suoi ausiliari sulla libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come provvedere all'adempimento accettando il rischio connesso alle modalità prescelte, secondo la struttura di responsabilità da *rischio d'impresa* ("*cuius commoda eius et incommoda*") ovvero, descrittivamente, secondo la responsabilità organizzativa nell'esecuzione di prestazioni complesse.

L'intento di escludere l'integralità della rivalsa nei confronti del medico, assicurando la pari responsabilità di cui agli artt. 1298 e 2055 c.c., salva la prova contraria, se può giustificarsi su un piano di costo sociale-

assicurativo della prestazione sanitaria assicurata dalla struttura attraverso il “proprio” medico, appare però piuttosto macchinosa sul piano della struttura, prevista in via generale, della responsabilità del debitore per fatto colposo e doloso dell’ausiliario; in tale ambito, il debitore risponde per il fatto dell’ausiliario *all’esterno* verso il terzo danneggiato *per l’intero* sulla base di un presupposto oggettivo (il rischio connesso con l’appropriazione dell’altrui attività per i propri fini) come previsto specularmente dagli artt. 1228 e 2949 c.c. per la responsabilità contrattuale e per quella aquiliana; viceversa, *all’interno* dei rapporti tra condebitori solidali ne risponde *pro quota* (che si presume paritaria) solo se non risulta diversamente nella responsabilità contrattuale (*ex art. 1298 c.c.*) e *nel dubbio* nella responsabilità aquiliana (*ex art. 2055*), altrimenti rilevando la misura determinata dalla gravità delle rispettive colpe e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate<sup>13</sup>.

**4. L’applicabilità immediata dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209 del 2005**

La sentenza n. 28990 del 2019 (pronunciando in una fattispecie attinente alla pretesa risarcitoria per danni conseguiti da una minore a seguito di errore diagnostico e postumi invalidanti conseguenti ad una errata diagnosi in quanto la piccola paziente, affetta da sindrome di Bartter, era stata curata come se fosse affetta da morbo di Hirshprung)<sup>14</sup> interviene sulla problematica della *immediata* applicabilità dei criteri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209 del 2005 (codice assicurazioni private) ai processi in corso concernenti eventi lesivi verificatisi in data anteriore alla entrata in vigore del d.l. n. 158/2012, conv. con modif. in legge n. 189/2012 (decreto Balduzzi), che a tali criteri fa espresso rinvio (disposizione di rinvio confermata anche dalla successiva legge n. 24/2017 Gelli-Bianco)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Va in proposito notato che la sentenza, nell’analisi dei diversi modelli di responsabilità per fatto dell’ausiliario, richiama in motivazione (punto 5, lett. a) anche la forma di responsabilità *per immedesimazione organica* elaborata nell’esperienza giuridica di diritto pubblico.

<sup>14</sup> Pres. G. Travaglino, rel. S Olivieri.

<sup>15</sup> Sul piano dei criteri di liquidazione del danno, il risarcimento dei danni causati dal medico strutturato saranno risarciti secondo criteri stabiliti dal codice delle assicurazioni per la liquidazione del danno non patrimoniale causato da sinistri stradali ex artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, così come di recente modificato dalla l. 4 agosto 2017, n. 124 (art. 7 comma 4). Va al riguardo precisato che la disposizione era già stata prevista dal d.l. 13 settembre 2012 n. 158 (decreto Balduzzi). Va sottolineato pure che le tabelle macro permanenti previste nella delega contenuta nell’art. 138 del codice delle assicurazioni non hanno ancora visto la luce.

La Terza Sezione Civile ha risolto la questione della immediata applicabilità o meno della disposizione di rinvio al criterio tabellare del Codice delle assicurazioni private, superando le obiezioni poste nel ricorso per cassazione rispetto al *generale principio di irretroattività della legge* di diritto sostanziale ex art. 11 preleggi, alla paventata *lesione del legittimo affidamento* sulla regola dell'uniforme applicazione del criterio di liquidazione equitativa e alla *intangibilità dei "diritti quesiti"*.

**Sotto il profilo dell'efficacia delle legge nel tempo**, ha chiarito che non viene in questione la retroattività della legge poiché tale fenomeno è determinato dalla sostituzione di una precedente disciplina normativa conformativa (degli aspetti strutturali e funzionali) della fattispecie, con una nuova disciplina normativa; in particolare, ha sottolineato che la nuova previsione legislativa relativa ai criteri tabellari non va a sostituire alcuna norma di legge precedente che individuava un diverso criterio liquidativo del danno. In altri termini, la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno derivante da illecito, non viene in alcun modo intaccata dalla legge sopravvenuta: il diritto sostanziale ad ottenere il risarcimento del danno commisurato alla entità della lesione del bene-salute, è già insorto quale diritto di credito e non viene contestato o modificato nella sua struttura normativa dalla legge Balduzzi.

La disposizione di rinvio al criterio tabellare del codice delle assicurazioni private non ha ad oggetto dunque la fattispecie, **ma è criterio funzionale** rivolto precipuamente al giudice ed al suo "potere di integrazione equitativa" nel caso in cui la prova del danno risulti impossibile o particolarmente difficile (artt. 1226 e 2056 c.c.). La nuova norma, indirizzandosi a tutti i giudici nazionali, viene a realizzare **a livello normativo** proprio quella funzione tendenziale di uniformità nella liquidazione del danno alla salute che, in precedenza, la stessa Terza Sezione aveva imposto<sup>16</sup>. Infine, la liquidazione **del credito**, in quanto

---

<sup>16</sup> Sez. 3, sent. n. 12408 del 07/06/2011 secondo cui la mancata adozione da parte del giudice di merito delle Tabelle di Milano in favore di altre, ivi ricomprese quelle in precedenza adottate presso la diversa autorità giudiziaria cui appartiene, si è ravvisato integrare violazione di norma di diritto censurabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Da ultimo, è stato ribadito che «le Tabelle di Milano sono andate nel tempo assumendo e palesando una "vocazione nazionale", in quanto recanti i parametri maggiormente idonei a consentire di tradurre il concetto dell'equità valutativa, e ad evitare (o quantomeno ridurre) - al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali - ingiustificate disparità di trattamento che finiscano per profilarsi in termini di violazione dell'art. 3 Cost., comma 2, questa Corte è pervenuta a ritenerle valido criterio di valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., delle lesioni di non lieve entità (dal 10% al 100%) conseguenti alla circolazione» (Cass. 20 maggio 2015, n. 10263).

risultato della misurazione in termini monetari del “*danno non patrimoniale*”, non attiene all’aspetto sostanziale del diritto, né alla individuazione della entità fenomenologica del danno - inteso come “*menomazione della integrità psicofisica*” accertabile con i criteri medico legali - ed è suscettibile di variazione nel tempo, come dimostra la necessità, affermata ripetutamente dalla Corte di legittimità, che il Giudice -*nel caso di variazione dei criteri tabellari nel corso dei vari gradi di giudizio-* tenga conto dei valori delle *tabelle di più recente edizione*.

**Sotto il profilo della ragionevolezza**, ha osservato che la norma di legge compie un bilanciamento tra gli interessi dei singoli ad ottenere il giusto ristoro del danno e l’interesse della collettività a continuare a ricevere efficienti prestazioni mediche (evitando il pericoloso ritirarsi dei medici dalla esecuzione di trattamenti a più alto rischio, dovute alla cd. medicina difensiva), venendo altresì in rilievo la esigenza di calmieramento dei costi -altrimenti riversati sulla utenza- determinati dalla estensione al settore sanitario del sistema di assicurazione obbligatoria.

Ha sottolineato, inoltre, che neppure la disposizione di legge si pone in contrasto con alcun *precedente “consolidato” orientamento giurisprudenziale*, (indipendentemente dalla non raffrontabilità - in termini di successione abrogativa - dell’intervento legislativo e dell’indirizzo giurisprudenziale, quest’ultimo non potendo ritenersi in alcun modo vincolante in quanto espressione dell’attività interpretativa propria della funzione giudiziaria, che per la sua stessa natura non trova altro limite che quello dato dalla richiesta di una maggiore capacità persuasiva della interpretazione precedente), in quanto viene, al contrario, a confermare gli stessi criteri di valutazione e le voci di danno che erano stati già enucleati in via giurisprudenziale (punto di validità; progressione geometrica in relazione alla invalidità; danno morale; personalizzazione del danno biologico tabellare )<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sul piano dei criteri di liquidazione del danno va evidenziato che l’ordinamento italiano per la liquidazione del danno alla persona causato da sinistri stradali (artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) si è dotato della Tabella delle cd. micropermanenti (ovvero delle lesioni per punto percentuale che non superino il 9% di invalidità permanente). Resta invece ad oggi non colmata la lacuna delle Tabelle per le c.d. macropermanenti (da 10 al 100%) in quanto la delega normativa contenuta nell’art. 138 del codice delle assicurazioni non ha ancora visto attuazione. Delega da ultimo rinnovata con la legge 4 agosto 2017, n. 124 ha disposto (con l’art. 1, comma 17) con cui si rimette ad un decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge, di predisporre una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica in relazione alle menomazioni all’integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti e al valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all’età del soggetto leso.