

LA NUOVA RESPONSABILITA' SANITARIA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

La questione della retroattività della legge 189/2012 e della legge 24/2017¹

Antonella Di Florio

1. Cercherò di assolvere, con questo intervento, ad una funzione di raccordo fra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità la cui sinergia risulta indispensabile per apprestare le migliori soluzioni interpretative.

Per creare tale collegamento, ho scelto come riferimento le pronunce che affrontano la questione della retroattività della legge 189/2012 (c.d. Balduzzi) e della legge 24/2017 (cd. Gelli-Bianco): e cioè Cass. 28990/2019, Cass. 28994/2019 nonché, solo parzialmente, Cass. 29987/2019 in materia di rivalsa per i danni da colpa medica nel regime anteriore alla L. 25/2017.

Le questioni affrontate in tali sentenze sono state oggetto di reiterate riflessioni da parte della giurisprudenza di merito: già ad un corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura tenutosi a Napoli nel novembre del 2017 (e quindi subito dopo l'entrata in vigore della legge Gelli) si era posta la questione della retroattività o meno della nuova normativa e, sostanzialmente, della nuova qualificazione della domanda contenuta nell'art.7, in relazione all'esplicito riferimento alla natura extracontrattuale della responsabilità del medico inserito nella struttura sanitaria che già in precedenza, con il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della L. 189/2012, era stata oggetto di dubbi e perplessità: la valutazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla diversa qualificazione ridonda inevitabilmente su due fattori di notevolissimo rilievo rispetto agli equilibri processuali, e cioè il regime di ripartizione degli oneri probatori ed il termine di prescrizione.

¹ Relazione svolta al Convegno "La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità", organizzato dalla Struttura decentrata di formazione della Scuola Superiore della Magistratura, tenutosi presso la Corte di cassazione in data 27 dicembre 2019.

2. Prima dei due interventi normativi in esame, la responsabilità per colpa medica era stata oggetto di numerose sentenze della Corte di cassazione: fra le tante, segnalo Sez. 3 n. 589/1999 che aveva qualificato la fattispecie come “responsabilità da contatto sociale”, mutuando una elaborazione della dottrina sviluppatasi in Germania, dove ha ricevuto, in seguito alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, una positivizzazione nel § 311 BGB (codice civile tedesco), attraverso il suo inserimento fra le fonti degli obblighi di protezione; la fattispecie è collocata nell’ambito contrattuale, con termine di prescrizione decennale e con onere della prova a carico del sanitario secondo la regola di cui all’art. 1218 c.c., in base alla quale il danneggiato deve allegare la prestazione alla quale aveva diritto ed il sanitario è gravato dall’onere di dimostrare di non aver potuto adempiere per una causa non imputabile alla propria negligenza.

E’ noto ciò che è accaduto successivamente: si è sviluppata la c.d. medicina difensiva, è stato riscontrato un forte aumento dei costi assicurativi e, soprattutto, non è stata raggiunta una maggiore tutela del diritto costituzionale alla salute.

Da ciò, l’intervento normativo oggetto delle pronunce in esame.

Le due leggi sopra richiamate sono entrate in vigore a distanza di soli cinque anni una dall’altra: si tratta di due interventi normativi di fatto “ridossati” che non potevano non creare problemi di diritto intertemporale.

Le due sentenze citate seguono un percorso argomentativo chiaro, nel senso che partono dalla prima domanda che ci siamo posti nella riunione di Sezione che ha preceduto le udienze monotematiche, svoltesi nel luglio 2019, partendo proprio dalla giurisprudenza di merito che, sulla specifica questione, ha mostrato decisi contrasti, così come segnalato da Cass. 28994/2019: a fronte della pronuncia del Tribunale di Milano n. 12472/2018, secondo la quale le nuove disposizioni erano retroattive, sono state evidenziate le soluzioni di Tribunale di Avellino n. 1806/2017 e Tribunale di Roma n. 18685/2017 nel senso dell’irretroattività.

2.1. La prima questione affrontata è se il richiamo all’art. 2043 c.c. introdotto dall’art. 3 della legge Balduzzi avesse portata qualificatoria o meno e, conseguentemente, se si applicasse ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore; e, per le fattispecie *ratione temporis* ad essa

soggette, se la responsabilità dovesse essere qualificata come contrattuale o extracontrattuale.

La risposta fornita dalla sentenza in esame prende le mosse da Cass. 8940/2014 che, partendo dal dato ermeneutico secondo cui il riferimento all'art. 2043 c.c. era strettamente connesso con l'esclusione della rilevanza penale per colpa lieve, aveva affermato che il richiamo ad una disposizione che rappresenta il riferimento emblematico alla responsabilità extracontrattuale non avesse portata qualificatoria della domanda, ma che fosse solo indicativo della sussistenza della responsabilità civile a carico del medico, a fronte della irresponsabilità penale per i casi indicati.

Tale orientamento che era stato affermato anche da parte della giurisprudenza di merito (le già citate pronunce del Tribunale di Roma e del Tribunale di Avellino militavano in tal senso) è stato riconfermato da Cass. 28990/2019 che - preso atto dell'assenza di una normativa transitoria in entrambe le leggi e dopo aver esaminato, in termini controfattuali, sia l'ipotetica ammissibilità di norme con efficacia retroattiva ove l'espressa previsione sia conseguente al bilanciamento di interessi di rilevanza costituzionale all'esito del quale uno risulti preminente, sia, come nel caso di specie, l'assenza di principi dai quali potesse desumersi l'introduzione di "voci e tipi di danno risarcibile" diversi da quelli precedentemente esistenti - ha escluso che la c.d. legge Balduzzi contenesse una portata qualificatoria della "fattispecie danno", ammettendo tuttavia che in relazione alla "aestimatio" di esso, il riferimento alle tabelle elaborate in base agli artt. 138 e 139 CdA sul danno non patrimoniale, contenuto anche nella Legge Gelli - Bianco, dovesse trovare diretta applicazione anche ai giudizi in corso per fatti precedenti alla sua entrata in vigore, fatto salvo il giudicato interno sul *quantum*.

Tale statuizione ha rievocato anche quella secondo cui soltanto il giudicato preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale a tutela dell'autonomia della funzione del giudice che, in punto di determinazione del danno, si avvale di un potere di determinazione equitativa che si colloca su un piano esterno a quello della fattispecie legale della responsabilità.

Pertanto, riconducendo tale principio a quello generale secondo cui la quantificazione del danno deve essere formulata al momento della decisione con l'unico eventuale limite di un *petitum* insuperabile che lo

circoscriva, la sentenza in esame ha applicato in modo lucido e coerente i principi generali in materia.

In sostanza, è stato chiarito che la c.d. legge Balduzzi non ha inteso qualificare la responsabilità del sanitario: quindi, per i fatti accaduti in precedenza e fino all'entrata in vigore della legge c.d. Gelli-Bianco, restano valide le elaborazioni della precedente giurisprudenza (da ricondurre alla responsabilità contrattuale) con il relativo termine decennale di prescrizione e la conseguente ripartizione degli oneri probatori. Il danneggiato, dunque, dovrà provare il rapporto con il sanitario nonché il nesso causale fra la condotta del medico ed il danno di cui domanda il risarcimento che si configurano come elementi costitutivi della domanda (sulla causalità cfr. anche Cass. 28992/2019, pronunciata nell'ambito delle medesime udienze monotematiche).

Anche Cass. 29994/2019, con un percorso argomentativo molto lineare e richiamando, nel principio di diritto, Cass. 29990/2019 (cronologicamente precedente) pronunciata nella stessa udienza, conferma la stessa interpretazione dell'art. 7 della L. Gelli, ritenendo che la più chiara portata qualificatoria in essa contenuta (rispetto a quanto previsto dall'art. 3 L. Balduzzi) imponesse di ritenere - in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 delle preleggi, secondo cui la legge dispone solo per l'avvenire - ed in mancanza di espressa retroattività, che la nuova tipizzazione della responsabilità non potesse essere applicata ai fatti accaduti prima della sua entrata in vigore, salvo ciò che è stato sinora affermato rispetto all'*aestimatio* del danno, per la quale è applicabile immediatamente la regola tabellare portata dagli artt. 138 e 139 CdA.

3. Dall'esame delle schede preparatorie della riunione di sezione, ho riscontrato che, sull'interpretazione della cd. legge Gelli-Bianco, fra tutti gli altri problemi che ci eravamo posti in relazione alla retroattività delle nuove disposizioni, le sentenze si sono limitate a decidere soltanto quello relativo all'azione di rivalsa per il caso di colpa esclusiva del medico.

Come è noto, infatti, l'art. 9 della legge Gelli-Bianco prevede, in particolare, che l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave; che se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno, essa

nei suoi confronti può essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di un titolo giudiziale o stragiudiziale ed è soggetta a termine di decadenza di un anno dall'avvenuto pagamento; che, in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata o nei confronti dell'impresa di assicurazione della medesima struttura, la misura della rivalsa e quella della surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione, ai sensi dell'articolo 1916, primo comma, del codice civile, per singolo evento, in caso di colpa grave, non possono superare una somma 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; e , infine, che il limite alla misura della rivalsa, di cui al periodo precedente, non si applica nei confronti degli esercenti la professione sanitaria di cui all'articolo 10, comma 2 stessa legge.

La questione che ci eravamo posti in fase preparatoria era la seguente: se si considera che la legge pone un limite alla surrogazione (triplo dello stipendio), che tale riduzione non può avvenire in pregiudizio dei diritti già acquisiti e che il diritto di surrogazione o di regresso sorge al momento del pagamento, le azioni di surrogazione e di regresso, anche se proposte dopo il 1° aprile, restano soggette alla vecchia disciplina, se il pagamento (da parte del surrogante nelle mani del danneggiato) è avvenuto prima del 1° aprile 2017 o sono regolate dalla nuova ?

Il principio affermato da Cass. 28987/2019 ha dato una risposta che si colloca al di fuori delle due soluzioni ipotizzate : per quanto riguarda l'azione di rivalsa, in caso di colpa esclusiva del medico, ha affermato come nel regime anteriore a tale disposizione e cioè per tutti i fatti accaduti prima della sua entrata in vigore, la ripartizione della colpa segue un criterio diverso e cioè quello paritetico secondo il quale la responsabilità va ripartita in eguale percentuale (50% a carico del medico e 50% a carico della struttura che potrà rivalersi solo entro tale limite), con ciò valorizzando la presunzione “di cui sono speculari espressione l’art. 1298 c.c. e l’art. 2055 c.c.”.

Le nuove disposizioni, pertanto, si applicano soltanto per i fatti accaduti dopo l'entrata in vigore della legge 24/2017.

4. Gli ulteriori problemi di portata strettamente processuale che ci eravamo posti nella preparazione delle udienze non sono stati affrontati dalle sentenze, trovando uno sbarramento nel limite del *devolutum* delle dieci controversie decise.

Solo per fare un esempio che riguarda in modo specifico i giudici di merito, risultava rilevante l'interpretazione dell'art. 8 della L. 24/2017, in materia di accertamento tecnico preventivo.

Le questioni erano le seguenti:

a. l'A.T.P. va notificato anche all'eventuale assicuratore (come parrebbe stabilire l'art. 8), sebbene le norme sull'azione diretta non siano ancora in vigore?

b. se il giudizio di merito è introdotto dopo lo scadere del termine di cui all'art. 8 l. 24/17 (90 giorni), l'A.T.P. perde valore come prova atipica? Per introdurre la domanda di merito, sarà necessario un nuovo l'A.T.P.? E questo sistema è coerente con l'art. 111 Cost. e il principio di ragionevole durata?

In assenza di una decisione sulle specifiche questioni, ritengo che in relazione ad esse possa ipotizzarsi l'applicazione della regola generale secondo cui "*tempus regit actum*", anche al fine di fornire soluzioni conformi ai due principi costituzionali sopra richiamati.

La giurisprudenza di merito saprà certamente dare, alle questioni rimaste irrisolte, una risposta all'altezza di quelle già rese che hanno da sempre costituito una fervida sollecitazione per la Corte di cassazione, disponibile al dialogo, anche in funzione della realizzazione del principio di prevedibilità fondato su elaborazioni autorevoli e persuasive.