

## Alcune considerazioni generali sulle dieci sentenze della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2019\*

Giulio Ponzanelli\*\*

**SOMMARIO:** 1. La coesione e la pace all'interno di una Sezione equivalgono a nomofilachia – 2. La responsabilità medica come luogo d'incontro tra legislazione e giurisprudenza. – 3. Le novità e le conferme delle decisioni di San Martino 2019. – 4. I problemi ancora aperti.

### 1. La coesione e la pace all'interno di una Sezione equivalgono a nomofilachia

Dopo che le singole cause erano state discusse a luglio scorso, i Presidenti dei vari Collegi hanno scelto l'11 novembre per il loro deposito: una data non casuale, ma fortemente voluta per mettere in diretto confronto tali decisioni con quelle celebri rese dalle Sezioni Unite che, undici anni orsono, avevano fissato il nuovo statuto del danno alla persona. Come tutti ricordano, le decisioni del 2008 erano giunte dopo un intenso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, che aveva diviso l'Italia tra esistenzialisti e anti-esistenzialisti: era o non era risarcibile in modo autonomo il danno esistenziale oltre al danno biologico (in caso di lesione del diritto alla salute) e al danno morale (nel caso di sussistenza di un reato)? Su questo quesito, vista l'incertezza esistente non solo tra i giudici di merito, ma anche tra quelli di legittimità, si era andati a Sezioni Unite; e allora il massimo organo giudiziario aveva utilizzato questa ghiotta occasione per ridisegnare il risarcimento del danno alla persona in Italia, superando abbondantemente i confini dell'ordinanza non interlocutoria.

---

\* Contributo referato dalla Direzione.

\*\* Ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, giulio.ponzanelli@unicatt.it.

Lo statuto del risarcimento del danno alla persona fissato nel novembre 2008 era poi stato progressivamente superato, prima nel 2016 e poi definitivamente nel 2018, ma le citazioni delle sentenze di San Martino erano ancora troppo frequenti, così da ritenere imprescindibile che quella data non dovesse essere più ricordata e che il vero “San Martino” fosse rappresentato da queste dieci sentenze, le quali hanno voluto dichiaratamente costituire un primo nucleo nell’ambizioso programma di razionalizzazione di un indirizzo giurisprudenziale sempre più consolidato (il c.d. pacchetto sanità). All’interno delle dieci decisioni due di queste affrontano nuovamente il profilo del danno alla persona, che era stato l’unico esaminato nel 2008, ma si tratta, forse, delle pronunce meno interessanti in quanto sostanzialmente confermano la nuova giurisprudenza già affermata nel 2018.

Al di là della ricorrenza dello stesso giorno, le dieci sentenze del 2019 offrono il quadro di una Sezione da sempre specializzata in tema di risarcimento del danno alla persona che ha deciso di non rimettere alle Sezioni Unite l’interpretazione più corretta in tema di consenso informato, perdita di *chance*, danno differenziale, retroattività o meno dei criteri di determinazione del danno alla persona fissati nella Gelli-Bianco o delle norme sostanziali sempre presenti nella stessa legge, ma di fissare all’interno della stessa sezione i principi e le regole cui i giudici, di merito e di legittimità, dovranno attenersi. I collegi delle Sezioni Unite sono infatti composti da Consiglieri non appartenenti alla stessa Sezione proprio perché è in discussione la corretta interpretazione del diritto e per queste ragioni i componenti di altre Sezioni sono tenuti ad offrire un contributo diverso da quello dei Consiglieri che seguono con continuità i temi di loro competenza: ma, forse, questi stessi giudici non posseggono quella conoscenza diretta e continua che solo i Consiglieri di una determinata sezione hanno.

Il problema non è di poco conto: la nomofilachia, cioè la certezza e l’uniformità nell’interpretazione delle norme del diritto, che è un obiettivo importantissimo, può essere raggiunto anche in un altro modo oltre a quello fissato nelle tavole dell’ordinamento giudiziario di quasi ottant’anni orsono? Ci può essere nomofilachia anche tramite decaloghi o linee giurisprudenziali condivise dai giudici appartenenti ad una medesima Sezione?

A mio modo di vedere sicuramente sì. Pare corretto, e non è affatto antisistemico un orientamento giurisprudenziale che, proprio partendo dalle possibili divergenze esistenti tra i giudici di una medesima Sezione, riesca a fissare con la dovuta persuasività indirizzi e regole in materie dove l’influenza del formante giurisprudenziale è comparativamente più forte.

## 2. La responsabilità medica come luogo d’incontro tra legislazione e giurisprudenza

Come è noto, la responsabilità medica, come del resto l’intero istituto della responsabilità civile, è fondamentalmente giurisprudenziale, e questo in modo non dissimile per tutte le professioni intellettuali: le regole di comportamento sono essenzialmente fissate nel codice civile, negli articoli 1176 e 2236.

Come è pure noto, a differenza delle altre professioni intellettuali, per la sola responsabilità medica è poi intervenuto il legislatore preoccupato dell'importanza sociale che il capitolo della *medical malpractice* aveva progressivamente assunto nel corso degli anni. Paure e timori nei confronti di un impianto giurisprudenziale ritenuto, a torto o a ragione, troppo rigoroso, si erano, infatti, impossessati della classe medica, e ciò aveva alimentato una spirale di *overdeterrence* all'origine della crescita dei costi della sanità (la c.d. medicina difensiva nelle sue due versioni attiva e passiva) e un sensibile rialzo dei premi assicurativi, con un sostanziale abbandono del mercato da parte delle principali imprese assicurative.

Il legislatore, sia quello del 2012 sia quello della riforma organica Gelli-Bianco, non aveva, però, concepito una disciplina innovatrice; al contrario, si era limitato a riordinare, quasi alla stregua del modello americano del *Restatement of Laws*, la situazione giurisprudenziale esistente. In veloce sintesi: responsabilità contrattuale della struttura sanitaria; responsabilità extracontrattuale dell'esercente la professione sanitaria (già affermata, sia pur con una non cristallina formulazione letterale, nella legge c.d. Balduzzi del 2012); applicazione alla responsabilità medica dei criteri di risarcimento del danno fissati nel Codice delle Assicurazioni con la previsione di regole proprie della circolazione auto (azione diretta del paziente nei confronti delle imprese di assicurazione, fondi di garanzia etc.), oltre a misure ancora non attuate e volte a rianimare un mercato assicurativo assolutamente carente per l'elevatissimo grado del rischio sanitario.

La legislazione intervenuta nel 2012 e nel 2017, quindi, conferma sostanzialmente gli equilibri giurisprudenziali esistenti, solo inserendoli in un quadro più ordinato e completo, e proprio per questo forte era stata la sorpresa di tanti commentatori che, a torto o a ragione, avevano ritenuto la giurisprudenza la prima responsabile della situazione verificatasi nell'area della responsabilità medica, dimenticandosi forse che era stata la società nel suo complesso a decidere che era necessario aumentare il risarcimento a favore di chi avesse subito un pregiudizio determinato da attività sanitaria. Di fronte agli eccessi della giurisprudenza, cioè, ci si sarebbe forse aspettati un diverso tipo di intervento legislativo volto a migliorare la situazione delle strutture sanitarie gravate da un regime di responsabilità sempre più rigoroso e a ridurre qualche privilegio, sia sostanziale che processuale, riconosciuto al paziente dalla giurisprudenza nel corso degli anni, mediante un'applicazione apertamente funzionale delle regole di responsabilità civile (il riferimento è soprattutto al principio della vicinanza della prova e a tutto quello che ne consegue in termini di relativo onere).

Niente di tutto questo: il legislatore mette ordine, conferma le scelte giurisprudenziali senza toccare i livelli di tutela del paziente e accosta, pur con qualche perplessità, danni da *medical malpractice* a quelli da circolazione auto (assicurazione obbligatoria, azione diretta dell'assicurazione, previsione di fondi di garanzia etc).

Insomma, il legislatore del 2017 è montesquianamente rispettoso del potere giudiziario e non vuole compiere nei suoi confronti interventi di tipo correttivo. Certo, il fatto che il legislatore sia intervenuto solo in tema di responsabilità medica, e non di altre professioni intellettuali, la dice lunga sulla situazione in cui si trovava la responsabilità medica solo

qualche anno fa. Il legislatore, cioè, conferma gli equilibri, ma al tempo stesso sembra lanciare un preciso messaggio: se sono stati commessi degli eccessi, bisogna evitarli nel futuro, perché i relativi costi vengono poi a gravare sull'intera collettività.

### 3. Le novità e le conferme delle decisioni di San Martino 2019

Come conseguenza di questa situazione, la responsabilità sanitaria aveva progressivamente acquistato una posizione di grande importanza all'interno del generale istituto della responsabilità civile, diventando, a detta di tanti autori, un vero e proprio sottosistema (negli anni scorsi è stata addirittura inaugurata una nuova rivista giuridica che si occupa esclusivamente di problemi di responsabilità sanitaria). L'evoluzione e la dinamica giurisprudenziale in tema di responsabilità medica è sempre stata seguita con grande interesse anche perché nel corso degli anni i principi e le regole riconosciute nel diritto speciale della responsabilità medica sono poi diventati parte del diritto generale delle obbligazioni, e della responsabilità civile in particolare.

Quando, poi, la Terza Sezione deposita in un solo giorno dieci decisioni, attese da mesi, che affrontano temi inerenti non solo la responsabilità civile sanitaria, ma anche la responsabilità civile in generale, l'interesse raggiunge punte altissime: infatti, nelle dieci decisioni, la Terza Sezione fissa principi e regole, senza investire le Sezioni Unite, manifestando grande coesione e capacità di edificare sistemi.

Le decisioni affrontano diversi profili: il consenso informato (n. 28985); la rivalsa e il regresso della struttura sanitaria verso l'operatore sanitario che ha operato con colpa grave (n. 28987); la questione del cd. danno differenziale (n. 28986) e della liquidazione del danno non patrimoniale (nn. 28988 e 28989); l'onere della prova gravante sul paziente nei casi i cui venga chiamata in giudizio, su basi contrattuali, la struttura sanitaria (nn. 28991 e 28992), il danno da perdita di *chance* (n. 28993); i problemi collegati alla irretroattività delle norme sostanziali e, all'opposto, alla retroattività dei criteri di liquidazione del danno previsti nel Codice delle Assicurazioni (nn. 28990 e 28994). E non tutti i casi sono decisi, come detto, nel territorio della responsabilità medica. Chiara è la volontà della Cassazione di fissare regole che riguardino l'intera responsabilità civile; a conferma del fatto che la nascita di sottosettori specifici della responsabilità civile incontra sempre meno i favori dei nostri giudici anche per le possibili violazioni del generale principio di uguaglianza. Il sistema che così delineato viene fuori, e che avrà ancora tanto bisogno di completamenti, dimostra equilibrio tra le opposte esigenze esistenti in materia di responsabilità civile: estendere il risarcimento, nella piena consapevolezza, però, che quest'ultimo costituisce problema serio, e che una eventuale lettura panriparatoria potrebbe portare più costi che benefici.

In questa generale prospettiva si potrebbe dire che sicuramente più favorevoli ai pazienti danneggiati sono le scelte interpretative attuate in tema di consenso informato, la cui esi-

stenza viene ora assoggettata ad una valutazione molto stringente (se il paziente riuscirà a dimostrare che avrebbe rifiutato il trattamento sanitario, se debitamente informato, gli saranno riconosciuti sia il danno non patrimoniale da violazione dell'autodeterminazione sia il danno biologico, anche nell'ipotesi in cui l'intervento del sanitario sia stato rispettoso delle *leges artis* ).

Sulla stessa linea si colloca la decisione che affronta il tema della perdita di *chance*, che vede aumentare il perimetro della sua operatività, allontanandosi dalle problematiche del nesso di causa per approdare in quelle del danno.

Stesso giudizio può essere confermato anche per la decisione relativa alla rilevanza delle patologie preesistenti, che vengono svincolate da un criterio meramente aritmetico e rimesse ad un apprezzamento equitativo del Giudice.

Per contro, più favorevole alla struttura sanitaria, e di rimbalzo al mondo assicurativo, è la conferma dell'estensione dell'onere della prova gravante sul paziente che ha quasi "extracontrattualizzato" una responsabilità che è dichiaratamente contrattuale.

La retroattività dei criteri di liquidazione del risarcimento del danno, soprattutto *ex art.* 139 Codice Assicurazioni (visto che la mancata implementazione della Tabella unica nazionale ha reso non applicabile l'art. 138 Cod. Ass.) rappresenta sicuramente una scelta a favore dei danneggiati, mentre mantenere la responsabilità contrattuale degli esercenti la professione sanitaria, escludendo, quindi, la retroattività della normativa sostanziale della legge Gelli-Bianco, significa proteggere la posizione del paziente, pur sempre gravato dall'insidioso onere della prova del doppio nesso di causa.

Per quanto riguarda l'estensione del danno non patrimoniale, infine, vengono confermati gli assetti giurisprudenziali raggiunti nel 2018, che hanno ammesso la personalizzazione ma solo in presenza di circostanze straordinarie e imprevedibili. La misura del risarcimento si presenta come uno dei temi più insidiosi, in attesa dell'approvazione delle tabelle legali indicate dalla nuova formulazione dell'art. 138 Cod. Ass. e della valutazione da parte dei giudici di legittimità, di quali siano le tabelle giudiziali più aderenti al nuovo statuto del danno alla persona fissato dalla Terza Sezione.

#### 4. I problemi ancora aperti.

Il metodo seguito in queste decisioni è chiaramente indicativo della volontà della Terza Sezione di continuare a presentarsi come Sezione sempre più coesa, che ha ormai superato le divisioni tra singoli consiglieri, come forse potevano essere rilevate ad esempio durante la contrapposizione di inizio secolo tra esistenzialisti e anti-esistenzialisti. Non solo: sempre a livello di metodo, si può rilevare il formarsi di una attenzione ai profili della sanità assai alta. Per l'enorme contenzioso sviluppatosi nel settore della responsabilità sanitaria, soprattutto per i rapporti con le scienze mediche (il riferimento è soprattutto alla difficoltà di calcolare il danno differenziale), e al di là di quanto possa essere contenuto nelle formulazioni legislative (legge Bianco-Gelli o anche la legge 219/2018 sul consenso informato, nel particolare) la giurisprudenza sente come proprio e irrinunciabile il compito di

riappropriarsi di una posizione centrale in tema di responsabilità medica: come del resto era avvenuto prima, ma con una maggiore consapevolezza della delicatezza dell'intera materia, che deve invitare tutti alla massima attenzione e riflessione. Condividendo questo metodo, che impone un dialogo costante con le altre scienze sociali, anche nel merito arriveranno risposte più confortanti ed equilibrate. Esistono infatti altre figure e altri istituti che necessitano di una risposta certa da parte della giurisprudenza, ma la linea iniziata nel novembre 2019 non potrà non essere proseguita da una Terza Sezione compatta e matura nell'affrontare e definire i nuovi temi.