

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA NELLA LEGGE GELLI-BIANCO

di

Anna Chiara Zanuzzi

(Università degli Studi di Padova)

Abstract

The essay explores the discipline of quantification of non-patrimonial damages that is included in the Gelli Bianco's law and highlights its old and new problems related, above all, to the referral to legal model of assessment of damages covered in the articles 138 and 139 of private insurance code (d.lg. 209/2005).

SOMMARIO:

I. Introduzione. – II. La sentenza della Corte Costituzionale 16 ottobre 2014, n. 235. – III. Modello legale e “tutela integrativa”. – IV. Gli artt. 138 e 139 d.lg. 209/05 nel testo riformato dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124). – V. L’art 7, terzo comma della l. 24/2017. – VI. Alcune conclusioni.

I. Introduzione.

La quantificazione del danno non patrimoniale resta anche nella legge Gelli-Bianco¹ un tema centrale e problematico.

¹ Legge 8 marzo 2017, n. 24, recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”. Per alcune riflessioni generali sulla nuova disciplina si rinvia a G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa 2017; C. MASIERI,

Tale circostanza si deve essenzialmente al fatto che all'art. 7, quarto comma² della novella viene rinnovata la scelta, già operata con la legge Balduzzi³, di rinviare *de plano*, anche per i danni dell'ambito sanitario, ai criteri di predeterminazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento contenuti negli artt. 138 e 139 del d.lg 209/2005⁴ e, dunque, ad un modello normativo di ristoro del danno alla persona che, elaborato per trovare applicazione in materia di sinistri stradali si caratterizza, com'è noto, per una netta riduzione dei valori liquidati rispetto a quelli ottenibili in base all'applicazione delle tabelle di matrice giurisprudenziale⁵.

Novità in tema di responsabilità sanitaria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 752; E. MIOTTO, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 27; G. E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 65; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 161; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno resp.*, III, 2017, p. 269; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2017. Per la disciplina previgente M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *Verso quale riforma della responsabilità medica?* in *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 2016, p. 1399; N. TODESCHINI, *La responsabilità medica: Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento giudiziale e stragiudiziale, casistica*, Torino 2016.

² "Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo" (art. 7, quarto comma, l. 24/2017).

³ "Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati

articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo". Così testualmente l'art 3, terzo comma della l. 8 novembre 2012, n. 189, legge di conversione del 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".

⁴ Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private.

⁵ Con la sentenza 11 giugno 2011, n. 12408 (in *Resp. civ. prev.* 2011, 2018, con nota di P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*; in *Danno resp.*, 2011, p. 939, con note di M. HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)* e di G. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*), la Corte di Cassazione individuava nelle Tabelle di Milano il modello liquidativo da adottarsi in tutto il territorio nazionale in quanto in grado di assicurare sia l'equità "adeguatezza" – l'adattamento della legge al caso

Vengono così subito riportate sulla scena le criticità che da sempre affliggono tali regole⁶; tra di esse si ripresentano, ovviamente, anche quelle legate ai dubbi di costituzionalità delle tabelle di legge, alle quali, peraltro, proprio la non omogeneità tra i diversi ambiti in cui gli artt. 138 e 139 d.lg. 209/05 continuano a trovare applicazione (quello dei sinistri tra veicoli senza guida di rotaie e quello della *malpractice* medica), infonde ora nuova linfa, per la non esportabilità, come si dirà nel prosieguo (si veda *infra* § 2), al di fuori del settore della r.c. auto, delle argomentazioni con cui la Consulta, nella sentenza 16 ottobre 2014, n. 235, salva l'art. 139 dall'incostituzionalità⁷.

Il fatto poi che tale rinvio si collochi all'interno di una disciplina che, perseguendo finalità dichiarate di tutela del diritto alla sicurezza delle cure, si pone anche l'obiettivo del contrasto alla cd. medicina difensiva⁸, rende il profilo della

concreto -, sia l'equità "uguaglianza" – l'uniformità di trattamento di casi analoghi. Esse esprimono "il valore da ritenersi equo, e cioè, quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutte le circostanze in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità". Nello stesso senso *ex pluribus*, CASS., 30 giugno 2011, n. 14402 (in *Danno resp.*, 2011, p. 962, con nota di G.M.D. ARNONE, *Umanità e tecnica nel risarcimento del danno alla persona*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1081 ss., con nota di M. FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*; Cass., 8 novembre 2012, n. 19376, in *Dir. e giust.*, 2012, p. 1028, con nota di I. PIETROLETTI, *Nella liquidazione del danno biologico prevalgono le tabelle del Tribunale di Milano*; Cass., ordinanza 4 gennaio 2013, n. 134; Cass. civ., 25 febbraio 2014, n. 4447 (v. *infra* § 4, *sub* nota 36); Cass. 20 maggio 2015, n. 10263; Corte App. Roma, 21 dicembre 2016, n. 7200; Cass. 23 marzo 2016, n. 5691.

⁶ Prima fra tutte, la circostanza che l'art. 138 risulti - a dodici anni di distanza dall'emanazione del Codice delle assicurazioni private – tuttora sfornito dei necessari decreti attuativi, necessitando, quindi, di essere vicariato dalle tabelle giurisprudenziali applicabili al risarcimento delle macrolesioni. Sul punto si veda *infra* § 4.

⁷ Anche in relazione a questo aspetto fondamentale della disciplina contenuta nella novella sono state purtroppo disattese le indicazioni emerse dal complesso e articolato lavoro svolto dalla Commissione Ministeriale. Il testo approvato in prima lettura alla Camera, infatti, opportunamente, non prevedeva alcun riferimento alle tabelle di cui al d.lg. 209/05. Lo stesso dicasi per la trasposizione del dettato normativo del terzo comma dell'art. 3 della legge Balduzzi nell'attuale art. 7, terzo comma della l. 24/2017, del pari assente nel testo approvato prima del passaggio al Senato (su questa specifica questione si veda *infra* § 5).

⁸ Per l'individuazione di tale fenomeno si può utilmente richiamare la nota definizione data nel 1994 dall'*Office of Technology Assessment* americano, per il quale la medicina difensiva si "verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro

quantificazione del danno un prezioso indicatore⁹, non solo del livello di protezione che si è inteso assicurare al paziente danneggiato, ma anche della coerenza ed efficienza delle scelte operate in funzione degli obiettivi di cui sopra. Di questo si dirà brevemente nelle conclusioni.

II. La sentenza della Corte Costituzionale 16 ottobre 2014, n. 235.

Le censure di costituzionalità sollevate nei confronti dell'art. 139 d.lg. 209/05 di maggior interesse per la pertinenza al tema in esame si attestano sulla pretesa violazione del principio di integralità del risarcimento cui tale norma darebbe luogo, da un lato, non consentendo il risarcimento del danno morale (essendo detto pregiudizio non espressamente contemplato nella previsione legale) e, dall'altro, imponendo rigide limitazioni alla personalizzazione di quello biologico, incrementabile, al più, fino ad un massimo del 20% del *quantum* ottenuto in base ai valori normativi "con equo e motivato apprezzamento tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato".

Com'è noto la Corte Costituzionale con la sentenza 16 ottobre 2014, n. 235,¹⁰ riterrà infondate entrambe le doglianze.

esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa". Per un'analisi, anche in chiave storica dell'argomento G. Guerra, *La 'medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in www.politichesanitarie.it.

⁹ Ciò in quanto le scelte normative sul *quantum* possono incidere il piano stesso dell'*an*, allorché esse evidenzino ammissioni meramente formali all'area del risarcimento: è l'annosa questione dell'influenza del *quantum* sull'*an*. (v. *infra* § 2, nel testo corrispondente alla nota 13 e § 4, nel testo corrispondente alla nota 45).

¹⁰ Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235 in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 1389, con nota di L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*; in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1834, con nota P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, e poi i nomi* e di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*; in *Danno resp.*, 2014, p. 1021, con nota di A. FRIGERIO, *La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 12, con nota di V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato*

In particolare, in relazione all'asserita esclusione del danno morale dall'area del risarcimento, viene premesso un generico richiamo alla posizione assunta dalle Sezioni Unite nelle sentenze di S. Martino del 2008¹¹ le quali ritennero "(nel quadro, per altro, proprio della definizione del danno biologico recata dal comma 2 del medesimo art. 139 cod. ass.) come il cosiddetto <danno morale> – e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (comunque unitariamente) del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato" dovesse rientrare "nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente>".

Tale richiamo è quanto permette alla Consulta di escludere che la norma - che testualmente si riferisce al solo danno biologico -, sia "chiusa [...] alla risarcibilità anche del danno morale", poiché, ove ne ricorrano i presupposti, il giudice potrà avvalersi "della possibilità di incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del citato comma 3".

La sofferenza morale trova così riconoscimento e tutela risarcitoria in sede di personalizzazione del danno biologico in quanto apprezzabile nell'aumento percentuale del 20% di quanto liquidato per la lesione della salute.

Disponendo in questo modo la Corte Costituzionale si allinea ad una tesi, già sostenuta dalla Cassazione in un *obiter* della sentenza 7 giugno 2011, n. 12408¹², nella quale la Suprema Corte, pur riconoscendo la non sovrapponibilità della fattispecie di

nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi; in Corr. giur., 2014, p. 1483, con nota di M. ROSSETTI, Micropermanenti: fine della storia.

¹¹ Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38, con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; di C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite.*

¹²Lo ricorda P. ZIVIZ, *Danni alla persona, sistema tabellare e discrezionalità del giudice, in www.personaedanno.it.*

danno disciplinata all'art. 139 del d.lg. 209/05 (il solo danno biologico) con quella individuata dalle successive statuizioni delle Sezioni Unite del 2008 (il danno non patrimoniale unitariamente inteso), conclude, comunque (seppur in riferimento all'esclusivo ambito dei sinistri stradali), per l'applicabilità di tale norma - anche in relazione ai limiti di personalizzazione - non solo al danno biologico, ma a tutte le conseguenze non patrimoniali della lesione alla salute, e, dunque, anche al danno morale.

E' facile comprendere come tale soluzione si traduca in una diminuzione - rispetto ai suddetti parametri di diritto comune - del *quantum* ristorabile al danneggiato al quale, nei limiti del medesimo aumento percentuale del 20% potrà essere risarcito, non solo il danno biologico idiosincratico, ma anche il danno morale, sia nella componente *standard*, sia in quella idiosincronica. La distanza dalle liquidazioni del modello giurisprudenziale non è stata ridotta nemmeno in seguito alla novellazione dell'art. 139 ad opera della legge annuale per il mercato e la concorrenza¹³, in quanto non solo non si è dato luogo ad alcuna revisione del metodo di calcolo tabellare (poiché i valori del punto di invalidità restano quelli previsti per fornire tutela alla sola lesione della salute e non anche al danno morale)¹⁴, ma in più si è stabilito che la norma possa ora offrire ristoro, sempre all'interno del medesimo tetto del 20%, alla sola componente idiosincronica del danno morale, restando quella *standard* assorbita all'interno della liquidazione del danno biologico.

Quanto alla contestazione di legittimità legata all'insufficienza dei criteri legali di predeterminazione del *quantum* del risarcimento del danno biologico la Consulta, oppone l'argomentazione secondo cui le limitazioni contenute nell'art. 139

¹³ Legge 4 agosto 2017, n., 124. Sul punto v. *infra* § 4, nel testo corrispondente alla nota 45.

¹⁴ Lo evidenzia P. ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza.*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2017, p. 1774.

realizzerebbero un bilanciamento - rispondente a criteri di ragionevolezza¹⁵ - tra il diritto all'integrale ristoro del danno, quale "interesse risarcitorio particolare del danneggiato" e quello "generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi".

Si tratta di una soluzione del pari non divisibile, in primo luogo, poiché pone sullo stesso piano, ai fini del giudizio di ragionevolezza¹⁶, due categorie - la salute (rispetto alla quale il principio di integralità del risarcimento, in ipotesi di lesione di tale diritto, rileva, evidentemente, non quale valore in sé, ma in quanto strumento attraverso il quale assicurarne l'effettività della tutela) e un interesse economico (il contenimento dei premi) - che non partecipano certo della stessa assiologia¹⁷.

La necessità che il bilanciamento riguardi valori di pari rango è, peraltro, evidenziata dalla Corte Costituzionale stessa quando, nel richiamare una propria precedente decisione (resa in materia di limiti alla responsabilità del vettore aereo in tema di trasporto di persone), chiarisce "come non si configuri ipotesi di illegittimità

¹⁵ Sulla competenza del criterio di ragionevolezza ad esprimere ordini di preferenza e compatibilità tra principi concorrenti, si da operare un ripensamento del rapporto tra principi in termini di strutturazione gerarchica e non di puro bilanciamento, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, p.p.15-18, p. 131-132, Napoli 2017.

¹⁶ In materia di ragionevolezza, anche per un consistente approfondimento del significato di tale concetto nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, in particolare, pp. 43-66; pp. 149-152.

¹⁷ "Ad essere inciso, infatti, è non già il principio di integrale risarcimento del danno, bensì il diritto al quale risulta applicato: che corrisponde, in questo caso, al diritto alla salute. La possibilità di ammettere una limitazione risarcitoria relativa ad un danno derivante dalla lesione di un diritto costituzionalmente protetto dall'art. 32 Cost. potrebbe essere valutata in termini di ragionevolezza solo in quanto, dall'altra parte, fossero messe in campo posizioni aventi analoga caratura." P. ZIVIZ, *Danni alla persona, sistema tabellare e discrezionalità del giudice*, cit., p. 6. Per una raffinata riflessione sull'essenzialità di un approccio in chiave assiologica alla responsabilità civile, anche al fine di dare spazio all'evoluzione del sistema ordinamentale, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.* 2004, p. 1084; ID *L'art 2059 uno e bino: una interpretazione che non convince*, *Rass. dir. civ.* 2003, p. 775; *L'onnipotente art. 2059 e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520.

costituzionale per lesione del diritto inviolabile all'integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con altro valore di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il valore dell'iniziativa economica privata connesso all'attività del vettore"¹⁸.

Rilievo costituzionale che non essendo ravvisabile nell'interesse al contenimento dei premi assicurativi rende, nel caso in esame, irragionevole il suddetto bilanciamento¹⁹.

In secondo luogo, perché, come è stato opportunamente osservato, la relazione di consequenzialità tra la riduzione del risarcimento e quella dei premi a carico degli assicurati su cui fa leva la Corte per dichiarare l'infondatezza della censura non è poi così pacifica "dal momento che al limite normativamente imposto tramite la tabella delle microinvalidità non è stato correlato alcuno strumento legislativo finalizzato a calmierare i premi assicurativi"²⁰ e, dunque, ad assicurare una reale corrispondenza tra riduzione dei valori liquidati e contenimento dei premi.

Senza contare che tale ragionamento presuppone che le vittime della strada debbano necessariamente essere dei contraenti una polizza per r.c. auto obbligatoria, laddove, invece, un danneggiato - terzo trasportato - potrebbe non esserlo nemmeno in futuro.

Del pari non condivisibile, appare, infine, il *dictum* con cui la Corte Costituzionale, ancora una volta richiamando le sentenze di S. Martino del 2008,

¹⁸ Corte cost. 6 maggio 1985, n. p. 132, in *Foro it.*, 1985, I, 1585.

¹⁹ Come è stato opportunamente rilevato da P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, e poi i nomi*. cit., p. 1842, "non vale, d'altro canto, ad assicurare la ragionevolezza del sistema limitativo il fatto che — in sede comunitaria — tale disciplina sia stata ritenuta compatibile con le indicazioni derivanti dalle direttive europee in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli; il rispetto di tali principi appare — infatti — condizione necessaria, ma non sufficiente ad affermare che il sistema risulta costituzionalmente legittimo". Sulla sentenza della Corte di Giustizia, ante sentenza n. 235/2014 della Consulta, M. BONA, *Sinistri stradali, azione diretta e tutela risarcitoria: progressi e arresti nelle ultime pronunce della Corte di Giustizia*, nota a Corte giust. Ue, 23 gennaio 2014, causa C-371/12, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 442.

²⁰ P. ZIVIZ, *Danni alla persona, sistema tabellare e discrezionalità del giudice*, cit., p. 5.

puntualizza “come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell’art. 2 Cost.) comporti che non sia risarcibile il danno per lesione di quei diritti che non superi il <livello di tollerabilità> che <ogni persona inserita nel complesso contesto sociale [...] deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone>”.

La Corte trascura di considerare che il dovere di solidarietà viene richiamato dalle S.U. in riferimento al - solo - profilo dell’*an* e, quindi, alle condizioni di accesso all’area del risarcimento - al fine, evidente, di escludere da essa ripercussioni negative che non superino il vaglio della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio; non certo in riferimento a quello del *quantum*, cui, invece, tali limitazioni si riferiscono.

I pregiudizi a cui esse vengono imposte sono quelli già tabellati (per i quali, cioè, è stata possibile la riconduzione al *bareme* medico legale) e per i quali, dunque, non può che escludersi *ex definitione* che si possa parlare di danni bagatellari.

Del resto, con l’intento di eliminare qualunque spazio per danni di questo genere, è intervenuta la nota stretta sulle modalità accertative delle micropermanenti che il legislatore – anche nell’ambito del contrasto alle cd. truffe dei colpi di frusta -, ha realizzato attraverso due successive modifiche al testo dell’art. 139: la prima con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, così come convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”²¹), la seconda, con la citata legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124).

²¹ Tale disciplina all’art. 32 – *ter* prevede che “Al comma 2 dell’articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente». Come noto, la novella *de qua*, all’art. 32-*quater* stabilisce, altresì, che “Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all’articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l’esistenza della lesione”. Tale ultima disposizione è stata poi abrogata dall’art. 1, comma 30,

L'attuale secondo comma dell'art 139, disponendo che "le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, ovvero visivo, con riferimento alle lesioni, quali le cicatrici, oggettivamente riscontrabili senza l'ausilio di strumentazioni, non possono dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente" pone, dunque, uno specifico sbarramento (il rispetto dei criteri di oggettivazione e apprezzabilità ivi indicati) – solo – una volta superato il quale il pregiudizio deve, però, senz'altro, ritenersi meritevole di risarcimento.

Se, dunque, per quanto detto, le statuizioni della Consulta non appaiono convincenti (ancorché ne siano comprensibili le ragioni legate all'attuale insostenibilità dei costi dei risarcimenti), in riferimento al settore delle lesioni alla salute derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti – ambito per il quale sono state specificamente ed esclusivamente formulate –, ove esse siano trasposte in quello dei danni da *malpractice* medica non possono che risultare, altresì, inconferenti.

Tali diversi ambiti, infatti, presentano caratteristiche che li rendono non sovrapponibili già per la semplice, quanto dirimente ragione, che in capo al paziente non vi è alcun obbligo di assicurazione rispetto al quale - seguendo il ragionamento che qui si critica - potrebbe essere ragionevole limitare il risarcimento dei danni da

lett. b), della legge sul mercato e la concorrenza (l. 124/2017). In relazione alle criticità oltreché ai dubbi di legittimità costituzionale di tali disposizioni, anche in relazione alla lettura datane – in sede di *obiter* - dalla sentenza n. 235/2014 della Corte Costituzionale, si deve rinviare a di P. ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza.*, cit., p. 1777; M. BONA, *Lesioni di lieve entità ed accertamenti strumentali: la Consulta ignora questioni di costituzionalità manifestamente fondate*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 464; ID., *Micropermanenti e "prove diaboliche": tra Cassazione e Consulta chi ha ragione?* nota a Cass. civ., 26 settembre 2016, n. 18773, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 144; G. MIOTTO, *Micropermanenti, "accertamento strumentale" ed emersione dell'interesse degli assicurati nel panorama costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 505; ID., *Quando un obiter lascia il tempo che trova*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 162.

illecito sanitario da questi subiti a fronte di un possibile vantaggio economico al contenimento dei premi posti a suo carico²².

A ben vedere poi, la possibilità di lucrare dei premi più bassi, quale corrispettivo della – asseritamente ragionevole – diminuzione dell'ammontare dei risarcimenti ottenibili in base ai criteri speciali *ex art.* 138 (quando fosse divenuto operativo) e *ex art.* 139, potrebbe essere, in realtà, non facilmente realizzabile anche ove si introducesse un obbligo di assicurazione bilaterale (in capo al paziente, oltreché al medico e alla struttura). Questo in ragione delle consistenti limitazioni che l'art. 9, sesto comma, della l. 24/2017, prevede per l'azione di surroga esperibile dall'assicurazione che abbia risarcito il paziente a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di danni; limitazioni che è difficile ipotizzare non si traducano, per compensare gli esborsi non recuperati, in un aumento dei premi e/o in un'estensione delle franchigie delle polizze non solo a carico dei responsabili civili, ma anche dei pazienti.²³

III. Modello legale e “tutela integrativa”.

²² Su questo aspetto si vedano le compiute considerazioni di G. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2013, II, p. 145 e P. ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza.*, *cit.*, p. 1779.

²³ Si tratta di limiti quantitativi (evidenziabili, soprattutto in caso di macropermanenti, poiché la somma ripetibile può consistere, per sinistro, al massimo, nel triplo del maggior reddito professionale conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o in quello successivo), qualitative (l'accertamento della colpa grave della struttura o del sanitario), oltreché temporali (termine di decadenza di un anno dal pagamento del risarcimento).

Se per i pazienti, quelle espresse nel testo, restano, allo stato, delle considerazioni ipotetiche, in quanto legate all'introduzione dell'obbligo di assicurazione bilaterale, una volta che la riforma sia entrata a regime potranno essere, invece, già attuali per gli esercenti le professioni sanitarie e le strutture: rispetto a tali soggetti il contenimento dei valori liquidabili in base al modello risarcitorio legale rischia, comunque, di non potersi tradurre in un reale vantaggio proprio per le suddette limitazioni che affliggono il giudizio di surrogazione, le quali, del pari, potendo ostacolare il recupero dell'intera somma anticipata dall'assicurazione è molto probabile comporteranno speculari aumenti dei premi ed estensioni delle franchigie nelle relative polizze.

Le argomentazioni atte a contrastare l'incostituzionalità del sistema legale *ex art. 139 d.lg. 209/05* potrebbero essere, semmai, altre.

In una diversa sede²⁴, in riferimento al sistema r.c. auto, si è messo in evidenza come, le censure di illegittimità costituzionale rivolte al carattere indennitario delle liquidazioni del modello speciale, non risultino, in realtà, pertinenti allorché si abbia riguardo a norme, come l'art. 139 del d. lg 209/05 che contengono criteri di predeterminazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, che, come noto, vincolano solo l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione del danneggiante²⁵.

Essendo sempre possibile rivolgersi al responsabile civile per ottenere sia l'eccedenza tra quanto indennizzato dall'assicurazione in base ai parametri normativi e quanto sarebbe dovuto in seguito all'applicazione dei criteri di quantificazione di diritto comune, sia i danni – qualitativamente - *in toto* estranei alla copertura assicurativa tabellare e posti ad esclusivo carico del responsabile civile (mutuando terminologia e concetti che nascono in sede previdenziale, rispettivamente i danni cd. differenziali e i danni cd. complementari), ciò escluderebbe a priori l'ottenimento della sola tutela affidata all'equità legale e, conseguentemente, l'illegittimità

²⁴ Mi sia consentito, al riguardo, di rinviare a A.C. ZANUZZI, *Commento agli artt. 138 e 139, in Il codice delle assicurazioni private – Commentario al d.lgs 7 settembre 2005, n. 209*, diretto da F. CAPRIGLIONE, con la collaborazione di G. ALPA e A. ANTONUCCI, pp. 417-418 e p. 429.

²⁵ “Il primo comma dell’art. 5 della legge n. 57 del 2001 e il secondo comma dell’art. 23 della legge n. 273 del 2002 riguardano il solo rapporto tra il danneggiato, alla persona o alle cose, e la compagnia di assicurazione contro cui lo stesso agisce [...] “l’art. 5, commi secondo, lettere a) e b), terzo e quarto, impugnato nella parte in cui disciplina la liquidazione delle micropermanenti, è applicabile soltanto all’ipotesi dell’azione diretta del danneggiato nei confronti dell’assicuratore e non anche nel rapporto tra danneggiato e danneggiante, che è indipendente dal contratto assicurativo.” Così Corte cost., 29 dicembre 2004 n. 434, in riferimento all’omologa disciplina previgente. Sul punto, nello stesso senso, già Cass., 24 marzo 2003, n. 4242; Cass. 18 maggio 1999, n. 4801; Cass., 11 giugno 1990, n. 5672; Cass. 11 maggio 1989, n. 2150; Cass., 4 marzo 1988, n. 2280; Cass. 20 febbraio 1982, n. 1084.

costituzionale della disciplina speciale, in riferimento a possibili compromissioni del principio di integralità del risarcimento del danno alla persona²⁶.

Atteso quanto sopra, si tratta allora di verificare, al fine di fugare tali dubbi di incostituzionalità, se la medesima conclusione possa valere anche ove il modello legale venga applicato agli illeciti sanitari, dove l'art. 138 - una volta attuato - e l'art. 139 d.lg n. 209/05 devono misurarsi con il tessuto di una disciplina speciale (quello della l. 24/2017) che, se da un lato sembra escludere qualsiasi spazio per forme di tutela integrativa affidate al responsabile civile, dall'altro, individua nel Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria²⁷ - allo stato ancora non istituito - il destinatario di non ben precisate richieste risarcitorie.

L'art. 14 della l. 24/2017, prevede, infatti, che il Fondo di garanzia risarcisca i danni cagionati da responsabilità sanitaria, tra l'altro, "a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'articolo 10, comma 6".

Ora nelle *more* dell'adozione del decreto attuativo richiamato dal sesto comma dell'art. 10 (cui è demandato il compito di stabilire, *inter alia*, i requisiti minimi di polizza, e, dunque, "l'individuazione di classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati") e del regolamento istitutivo del Fondo *de quo*, i quali dovrebbero finalmente consentire di identificare tutti gli elementi necessari alla formulazione di un giudizio non parziale e provvisorio al riguardo, quello che, sin d'ora, si può dire è che la risposta positiva al quesito che si è posto dipenderà,

²⁶Altro fondamento ha, invece, l'illegittimità costituzionale allorché il carattere indennitario della disciplina *ex art.* 139 comprometta gli obiettivi di tutela dell'integrità del patrimonio del danneggiante e di ristoro delle ragioni del danneggiato che devono essere assicurati da un sistema di r.c. obbligatoria. Sul punto A.C. ZANUZZI, *cit.* p. 412 e p. 430

²⁷In materia, per una prima disamina generale dell'istituto, E.V. PICCOLO, *Il nuovo Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.* I, 2017, p. 329.

evidentemente, dalla possibilità per il paziente di ottenere, in caso di danno, una tutela integrativa sovrapponibile in termini di *an* e di *quantum* a quella conseguibile dal danneggiato in seguito a sinistro stradale.

In questo senso, poter affermare che la cd. tutela differenziale e complementare sia attivabile anche ove i danneggianti siano strutture e/o sanitari rappresenterebbe, con ogni evidenza, una circostanza dirimente anche qualora il Fondo fosse deputato ad assolvere richieste di tipo diverso da quelle aventi ad oggetto risarcimenti integrativi.²⁸

Si tratta di una soluzione che, tuttavia, si porrebbe in contrasto con le finalità di contenimento del contenzioso che il legislatore ha inteso perseguire anche attraverso la riduzione delle liquidazioni dei danni da *malpractice*: in tal modo si (ri)allocherebbe sul responsabile civile un danno solo *provvisoriamente* escluso dalla tutela risarcitoria.²⁹

Senza contare poi che l'art. 10, primo comma, non imponendo, in via esclusiva, l'obbligo di copertura assicurativa - poiché le strutture sanitarie e sociosanitarie possono scegliere di ricorrere ad "analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera" (e, dunque ad esempio, a meccanismi di cd. autoassicurazione³⁰) - vanificherebbe ogni portata precettiva del rinvio agli artt. 138 e 139 per la quantificazione del danno, ove tale scelta alternativa fosse operata.

Il richiamo, *ex art.* 7 terzo comma l. 24/2017 agli artt. 138 e 139 per l'ambito sanitario vale, così, non solo a rendere applicabili i criteri legali di predeterminazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento all'azione diretta del danneggiato nei confronti

²⁸ Sul punto si veda *infra* alla fine del presente paragrafo.

²⁹ Sulla questione dell'idoneità del contenimento del *quantum* del risarcimento ad incidere sulla medicina difensiva si veda *infra* nelle conclusioni.

³⁰ Su questo tema si rinvia alla diffusa trattazione di G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno e resp.*, 4, 329.

delle compagnie di assicurazione dei responsabili civili, come avviene per i sinistri stradali, ma anche ad estenderne la vincolatività³¹ al rapporto tra i pazienti danneggiati e le strutture e/o gli esercenti la professione sanitaria, precludendo in tal modo, nei confronti di tali soggetti, qualunque richiesta di tutela risarcitoria integrativa avente ad oggetto poste di danno ivi non previste (come ad es. il danno morale standard, nell'art. 139) o valutate con criteriologia diversa da quella afferente al modello speciale. L'eshaustività e onnicomprensività della tutela legale espressa dal disposto di cui al quarto comma dell'art. 138, ripreso in identica formulazione al terzo comma dell'art. 139 non può, dunque, che riguardare anche i responsabili civili.

Tali considerazioni mi pare consentano, del pari, di escludere che possa essere il Fondo ad assumere il ruolo di (unico) interlocutore per la cd. tutela differenziale e complementare di cui si è detto.

Ancor prima che per la limitatezza delle risorse disponibili (ben evidenziata dal terzo comma dell'art. 14 che, nel prevedere che il Fondo "concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie"³², non intende certo solo riferirsi ad un generico rischio di incapacienza, che può sempre verificarsi ove il danneggiato agisca nei confronti del responsabile civile), è sempre la distonia che si realizzerebbe rispetto alla suddetta *ratio* della disciplina speciale ad essere determinante poiché, diversamente, si porrebbe a carico, in questo caso delle compagnie di assicurazione,³³ (e, in ipotesi di regresso, *ex art. 14*, secondo comma lett. (d), nuovamente, del responsabile civile) quella tutela di diritto comune che, per

³¹ Per l'art. 138, con ogni evidenza, solo una volta che sarà attuato.

³² Per alcune considerazioni su questo aspetto, E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 45.

³³ "Il Fondo di garanzia è alimentato dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria". Così testualmente il primo comma dell'art. 14 l. 24/2017.

le ragioni anzidette si è voluto, invece, disattivare nei confronti di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti.

Posto che i massimali cui si riferisce l'art. 14 sono, espressamente, quelli indicati all'art. 10, sesto comma, e, cioè, quelli demandati alla previsione del decreto di cui si è detto (decreto che non si vede come potrebbe non tener conto, almeno – e cioè come massimale minimo – delle quantificazioni normativamente previste dall'art. 139 del d.lg 205/09), si può allora ipotizzare che uno spazio per l'intervento del Fondo possa sussistere per le eccedenze - rispetto ai massimali *ex art.* 10, sesto comma – collegate a danni non ancora tabellati: con riguardo ad essi, potrebbe, infatti, anche verificarsi che i suddetti massimali di polizza non consentano il ristoro di quanto liquidato in base ai criteri di diritto comune³⁴.

Alla luce di tali osservazioni, emerge, ancora una volta, come siano le diversità esistenti tra l'ambito della r.c. auto e quello della responsabilità sanitaria ad escludere che si possano superare i dubbi di costituzionalità del modello speciale *ex art.* 139 d.lg 209/05 allorché esso venga applicato all'ambito della *malpractice* medica per la quantificazione dei danni derivanti da lesioni di lieve entità.

Con ogni probabilità, la Consulta sarà, dunque, nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema tabellare delle micropermanenti a Costituzione non essendo possibile, come detto, utilmente richiamare, per gli illeciti sanitari, le valutazioni di ragionevolezza della compressione del diritto all'integrità

³⁴ E' questo attualmente il caso – sempre che la mancata tabellazione si protragga anche dopo l'adozione del decreto *de quo* –, da un lato, delle lesioni di non lieve entità *ex art.* 138 d.lg. 209/05 e, dall'altro, delle conseguenze pregiudizievoli “afferenti alle attività” sanitarie non previste dagli artt. 138 e 139 (quali ad es. i danni derivanti dalla mancata prestazione del consenso all'atto medico o dalla violazione del diritto all'interruzione di gravidanza, tipici, appunto, di questo ambito), la cui individuazione e disciplina risarcitoria sono demandate dall'art. 7, terzo comma ad un decreto del Presidente della Repubblica. Nelle more dell'adozione dei decreti attuativi, risulta, invece, di poca utilità chiedersi se, in queste ipotesi, il responsabile civile (che fino alla tabellazione dei danni in parola, sarà comunque tenuto al risarcimento del *quantum* liquidato secondo i criteri di diritto comune, e quindi, eventualmente, anche oltre i massimali *de quibus*) e il Fondo siano o non obbligati in solido.

del risarcimento del danno che hanno salvato l'art. 139 dall'incostituzionalità nel sistema della r.c. auto.

IV. Gli artt. 138 e 139 d.lg 209/05 nel testo riformato dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124).

Il testo degli artt. 138 e 139 del d.lg. 209/05, attualmente modificato dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124) e, dunque, già in corso di revisione all'entrata in vigore della legge *de qua*, si presenta in una formulazione in parte diversa anche da quella all'inizio proposta all'interno del relativo disegno di legge, del quale, in sede di approvazione del testo definitivo, è stata, infatti, licenziata una versione differente.

In generale si può dire, innanzitutto, che un cambio di non poco conto, rispetto alla formulazione previgente – quella richiamata dalla legge Balduzzi -, si registra già nella rubrica di tali norme (nella quale il termine “danno biologico” viene sostituito con quello di “danno non patrimoniale” - di non lieve entità, per l'art. 138, di lieve entità per l'art. 139), cui fa eco la previsione, contenuta in entrambe, secondo cui “l'ammontare complessivo del risarcimento ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche”.

L'idea di fondo che permea la disciplina affidata alle norme *de quibus* è quella dell'onnicomprendività e, dunque, dell'esaustività della tutela risarcitoria fornita dai criteri legali per le conseguenze non patrimoniali della lesione della salute (in relazione al significato che la previsione di esaustività assume in relazione alla tutela integrativa si veda *supra* al § 3).

Le indicazioni più significative in questo senso si rinvencono all'art. 138³⁵.

³⁵ Come ricordato anche in apertura (v. *sub* nota 5), tale norma, nonostante l'opera di novellazione cui è stata sottoposta dalla l. 124/2017, continua a rimanere, ora come allora, inattuata, avendo il legislatore disposto un'ulteriore remissione in termini per la predisposizione della tabella unica nazionale prevista per la valutazione delle lesioni somatiche di non lieve entità. Detta circostanza, se, da un lato, come detto, rappresenta, senz'altro, da sempre, una delle

Tale disposizione manifesta, infatti, in modo inequivocabile, non solo quale sia la posizione del legislatore con riguardo alla composizione dell'area del danno non patrimoniale risarcibile in ipotesi di lesione alla salute, ma, altresì, l'intento di voler assicurare, anche al modello tabellare ivi contenuto (oltre, cioè, a quello codificato all'art. 139), dettato per le cd. macrolesioni, la signoria esclusiva in materia di quantificazione dei pregiudizi non patrimoniali ad esse riconducibili.

E' a tali fini, infatti, che la norma si apre con una citazione del corredo argomentativo con cui la Consulta, nella nota sentenza n. 235/2014 (cfr. *supra* § 2), aveva respinto le censure di illegittimità costituzionale sollevate nei confronti dell'art. 139.

L'*incipit* dell'art 138, evidenziando come i criteri di predeterminazione dell'*an* (e del *quantum*, una volta adottata la tabella) ivi contenuti abbiano la finalità "di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori" intende sottolinearne la rispondenza alle medesime condizioni di ragionevolezza realizzate dal sistema tabellare *ex art.* 139.

Se da un lato, proprio tali precisazioni confermano la riferibilità delle valutazioni rese dalla Corte Costituzionale al solo ambito dei sinistri stradali, dall'altro, tuttavia, il secondo comma dell'art. 138 - prevedendo espressamente che la tabella unica nazionale sia "redatta, tenuto conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità" - sembrerebbe escludere che per le macropermanenti potrà sussistere, adottata la

maggiori criticità del sistema legale di liquidazione del danno, dall'altro, evidenzia l'infondatezza dell'idea che ricollega, in via necessaria, ai sistemi di assicurazione obbligatoria modelli di quantificazione del danno alla persona fondati su tabellazioni di carattere normativo (sul punto anche P. ZIVIZ, *Danni alla persona, sistema tabellare e discrezionalità del giudice*, *cit.*, p. 4): la latitanza del legislatore in materia di macropermanenti, come noto, è stata, infatti, perfettamente compensata dai criteri risarcitori del concorrente modello giurisprudenziale.

tabella, quel divario così netto rispetto alle liquidazioni di diritto comune³⁶, che affligge, invece, le micropermanenti.³⁷

Sempre nell'ottica di cui si diceva si colloca poi quella che è la novità di maggior rilievo della riforma dell'art. 138, la quale è costituita dall'ingresso della sofferenza morale come voce, finalmente autonoma ed espressamente prevista del danno alla persona, e, quindi, di criteri di quantificazione specifici, che introducono un limite alla liquidazione di tale posta di danno; limite, che prima, nel silenzio della norma sul punto in relazione al danno morale, non esisteva.

Si è voluto in tal modo rispondere - per neutralizzarne, con le conclusioni anche le ricadute applicative - a quell'orientamento, consolidatosi sin dal 2015, con cui una giurisprudenza di legittimità attenta alla complessità della "fenomenologia del danno alla persona"³⁸, argomentando proprio dalle statuizioni della sentenza n.

³⁶ Cass. civ., 25 febbraio 2014, n. 4447 (in *Foro it.*, 2014, 1834), rileva che "il valore delle tabelle milanesi riconosciuto dalla sentenza n. 12408/2011 va inteso, ad avviso del Collegio, non già nel senso di avallare l'idea che le dette tabelle ed i loro adeguamenti siano divenute esse stesse in via diretta una normativa di diritto, che occorrerebbe necessariamente qualificare all'interno della categoria delle fonti per come regolata, sia pure ormai indirettamente per quanto concerne il concetto di legge, dall'art. 1 delle preleggi al codice civile (ma non solo), bensì nel senso che esse integrino i parametri di individuazione di un corretto esercizio del potere di liquidazione del danno non patrimoniale con la valutazione equitativa normativamente prevista dall'art. 1226 c.c. Le tabelle sono dunque <normative> nel senso che sono da riconoscere come parametri di corretto esercizio del potere di cui all'art. 1226 e, dunque, di corretta applicazione di tale norma. Esse hanno, pertanto, valore normativo nel senso che forniscono gli elementi per concretare il concetto elastico previsto nella norma dell'art. 1226 c.c.". Sul punto si veda anche la nota 5.

³⁷ Per alcune riflessioni al riguardo, P. ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza*, cit., p. 1776.

³⁸ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901; Cass. 14 novembre 2017 n. 26805; Cass. 20 aprile 2016, n. 7766; Cass. 9 giugno 2015, n. 11851. Prima della sentenza della Corte n. 235/2014 si distinguono però anche Cass. 2 maggio 2012, n. 20292 e Cass. 12 settembre 2011, n. 18641. Si tratta di pronunce in cui viene offerto un vero e proprio statuto del risarcimento del danno non patrimoniale evidenziandosi come "la vera, costante essenza del danno alla persona" siano la "sofferenza interiore" e "le dinamiche relazionali di una vita che cambia." Si tratta di "danni diversi e perciò solo entrambi autonomamente risarcibili, ma se, e solo se, provati caso per caso, con tutti i mezzi di prova normativamente previsti (tra cui il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni) al di là di sommarie quanto imprevedibili generalizzazioni. E se è lecito ipotizzare, come talvolta si è scritto, che la categoria del danno "esistenziale" risulti <indefinita

235/2014 della Corte Costituzionale³⁹ - avrebbe di fatto assicurato al controllo delle tabelle milanesi, *anche* una volta che l'art. 138 fosse entrato a regime⁴⁰, il risarcimento del danno morale collegato a lesioni della salute con esiti di non lieve entità.

Ciò in quanto, a detta della Cassazione, al di fuori del “solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità”⁴¹, - nel quale, per la Consulta, la sofferenza trova comunque un autonomo riconoscimento in sede di personalizzazione del danno biologico - il danno morale risulta libero da qualunque limitazione tabellare: l'art. 138, infatti, riserva, espressamente, la personalizzazione del danno – e, quindi, l'aumento del *quantum* del risarcimento entro il *range* massimo del 30% -, alle sole ripercussioni che incidano in maniera rilevante “su specifici aspetti dinamico relazionali” (*id est* sulla sfera esistenziale idiosincratica).

Con la modifica in parola il legislatore si appropria così di territori fino a quel momento esterni all'art. 138 e lo fa agendo anche sul profilo dell'*an*, affrancando il danno morale, finanche solo per le macrolesioni, dal ruolo di mera componente del danno biologico apprezzabile in sede di personalizzazione⁴².

L'art. 138 affida le modalità di quantificazione della sofferenza interiore ad un incremento in via percentuale e progressiva per punto del *quantum* liquidato a titolo di danno biologico⁴³, laddove il coefficiente di crescita resta, tuttavia, allo stato, per

e atipica>, ciò appare la probabile conseguenza dell'essere la stessa dimensione della sofferenza umana, a sua volta, <indefinita e atipica>.

³⁹ E', infatti, la Corte Costituzionale stessa nella sentenza n. 235/2014, nell'ammettere a risarcimento il danno morale, ad aver sconfessato “al massimo livello interpretativo, la tesi predicativa della unicità del danno biologico quale sorta di primo motore immobile del sistema risarcitorio”. Così, per prima, Cass. 9 giugno 2015, n. 11851. Analogamente, le pronunce di cui alla nota precedente.

⁴⁰ Cass. 20 aprile 2016, n. 7766; Cass. 9 giugno 2015, n. 11851.

⁴¹ Così le sentenze di cui alla nota 38, citando, a loro volta, la sentenza n. 235/2014 della Consulta.

⁴² Cfr. *supra* § 2, Corte Costituzionale 16 ottobre, 2016, n. 235.

⁴³ Così testualmente l'art. 138, secondo comma lettera e) “al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione”. Di tale norma, nel testo novellato, fanno

forza di cose, ancora indeterminato perché legato all'adozione della tabella unica nazionale.

Tale scelta non appare condivisibile in relazione all'idea di base sui cui poggia e, cioè, che la consistenza del danno morale aumenti - solo - al crescere dei postumi della lesione alla salute.

Si tratta di una semplificazione che, più che riportare per questa voce di danno ai noti, quanto risalenti rischi di automatismi risarcitori dovuti a liquidazioni basate su una mera percentualizzazione del danno biologico (perché l'esistenza di una criteriologia valutativa di per sé non può certo esonerare dal rispetto dei principi di allegazione e prova), potrebbe invece generare fenomeni di *undercompensation*, per l'impossibilità di apprezzare sofferenze morali di una certa entità in riferimento a lesioni somatiche più contenute.

Per far fronte alla - possibile - non corrispondenza tra entità del danno biologico ed entità del danno morale sarebbe stato quindi sufficiente prevedere la possibilità di ricorrere ad una specifica personalizzazione del pregiudizio, aumentando il *quantum* liquidato per il danno morale in base ai criteri tabellari, fino ad un certo valore percentuale.

Tale soluzione è peraltro quella fatta propria dall'art. 139 che, tuttavia, *a contrario* rispetto alla norma che lo precede, individua criteri di quantificazione attivabili solo qualora la "menomazione accertata [...] causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità. In tal caso "l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella di cui al comma 4, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 20 per cento."

E' evidente che la mancata considerazione nell'art. 139 della componente *standard* del danno morale in via autonoma e, dunque, la sua necessitata liquidazione

riferimento anche le citate Cass. 17 gennaio 2018, n. 901 e Cass. 14 novembre 2017 n. 26805 (v. nota 38).

all'interno della voce del danno biologico – senza, peraltro, che a ciò si sia accompagnata alcuna revisione del metodo di calcolo atto ad incrementare i valori del punto di invalidità del danno biologico -, non solo si è tradotto in un netto taglio al risarcimento, poiché nel medesimo *quantum* deve ora trovare ristoro anche un'altra voce di danno⁴⁴, ma, a rigore, provoca, altresì, un disallineamento rispetto al *dictum* della sentenza n. 235/2014 della Corte Costituzionale che, come ricordato, su questo specifico punto, salvava l'art. 139 dall'incostituzionalità proprio ritenendo che il danno morale *tout court* - e non solo quello che “causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità” (di cui non si ha traccia nella versione della norma precedente a quella attuale) -, possa trovare tutela in sede di appesantimento del danno biologico⁴⁵.

Quanto all'incidenza negativa della lesione della salute sugli aspetti dinamico relazionali, l'art. 138 novellato riprende *in toto* la formulazione della versione precedente: il giudice potrà, quindi, ammettere a risarcimento solo particolari compromissioni di tali specifici aspetti e liquidare fino a un massimo del 30%; non si è dunque dato seguito, in ragione della scelta di disciplinare specificamente il danno morale, di cui si è detto, alla proposta originaria del disegno di legge per il mercato e la concorrenza di regolamentare all'interno della stessa formula – mantenuta, invece, nel nuovo art. 139 - sofferenza morale e ripercussioni esistenziali⁴⁶.

⁴⁴ In questo senso già P. ZIVIZ, *Danni alla persona, sistema tabellare e discrezionalità del giudice*, cit., p. 4 che ricorda come, invece, una diversa strada sia stata seguita per la tabelle di fonte giurisprudenziale, le quali, nel momento in cui sono state applicate ai fini di una valutazione del danno non patrimoniale inteso in maniera unitaria, hanno visto ritoccati i valori del punto, in modo da comprendere anche la componente morale.

⁴⁵ A svilire ulteriormente la dignità risarcitoria del danno biologico e del danno morale, la circostanza che, sempre nel medesimo *range* di appesantimento del 20%, dovranno trovare posto anche le lesioni della salute che diano luogo ad alterazioni funzionali idiosincratice.

⁴⁶ La prima versione del testo prevedeva, infatti, che “Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 40 per cento. Tale

L'art. 139, specularmente a quanto disposto nell'art. 138 per il danno morale, si occupa, per la prima volta in modo specifico, delle ripercussioni esistenziali — ammettendole a risarcimento, unitamente alle sofferenze morali - le une e le altre, in relazione ai soli esiti idiosincratici - nell'importo massimo complessivo del 20% della somma dovuta a titolo di danno biologico⁴⁷.

Anche per la disciplina delle micropermanenti si registra dunque una contrazione del *quantum* liquidato rispetto alle somme ottenibili in base al modello giurisprudenziale.

La competenza degli artt. 138 e 139 a fornire la disciplina risarcitoria per i soli esiti pregiudizievoli della lesione della salute esclude, infine, che a tali norme possa essere ricondotta una consistente serie di altri danni.

Si evidenzia in questo modo un'ulteriore criticità del rinvio da parte del legislatore della l. 24/2017 alle norme speciali del Codice delle assicurazioni per la quantificazione del danno non patrimoniale.

Anche per i sinistri in medicina si perpetuano così le lacune, già manifestatesi nel d.lg 209/05, che, del pari, non contiene una norma per i danni da sinistri stradali diversi da quelli alla salute⁴⁸. Nella legge Gelli-Bianco non trovano quindi specifica disciplina pregiudizi di esclusiva pertinenza dell'ambito sanitario (quali quelli derivanti dalla violazione dell'autodeterminazione del paziente determinata da errore

indicazione risulta utile ai fini esegetici poiché il fatto che si sia provveduto a ridurre dal 40% al 30% la percentuale di personalizzazione allorché il danno morale è stato disciplinato a parte, indica che, in riferimento all'art. 139, la medesima formula - la quale, si diceva, continua a considerare tutte e due le componenti in parola - debba essere interpretata nel senso che all'aumento massimo del 20%, soddisfatte le condizioni di allegazione e prova, si potrà ricorrere, non per singola posta, ma per entrambe.

⁴⁷ Sul punto si veda la nota precedente.

⁴⁸ La lacunosità del dettato normativo del Codice delle assicurazioni involge anche il danno patrimoniale poiché in esso non si fa menzione del danno emergente e dei danni – patrimoniali - da morte. Sul punto cfr. L. ALBERTO, *Commento agli artt. 138 e 139*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova 2006, p. 357.

diagnostico⁴⁹ ovvero dell'obbligo di ottenimento del necessario consenso all'atto medico⁵⁰, e, a maggior ragione, quelli comuni al settore della r.c. auto, mai normati (come il danno da morte⁵¹, quello ai prossimi congiunti⁵², che com'è noto, si

⁴⁹ Caso tipico è quello della lesione del diritto di autodeterminazione in relazione all'interruzione di gravidanza, a seguito di *mancata diagnosi di malformazioni fetali*. Sul punto Cass. 19 gennaio 2018, n. 1252 la quale si colloca nell'alveo del nuovo corso inaugurato da Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, in ordine all'onere della prova del nesso causale tra la mancata informazione e la volontà della futura madre di interrompere la gravidanza (posto ora a carico di quest'ultima). Per l'orientamento previgente Cass. 12 luglio 2002 n., 6735; Cass. 29 luglio 2004 n. 14488, "a mente della quale risponde a regolarità causale che la gestante, se informata correttamente e tempestivamente sulla gravità delle patologie cui va incontro il nascituro, interrompa la gravidanza".

⁵⁰ *Ex pluribus* Cass. 31 gennaio 2018, n. 2369 (in www.personaedanno.it; con nota di N. TODESCHINI), in cui è espressa molto chiaramente la distinzione, anche ai fini della prova, tra danno alla salute ("in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute <solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute> (Sez. 3, Sentenza n. 2847 del 09/02/2010") e danno all'autodeterminazione ("il consenso del paziente all'atto medico non può mai essere presunto o tacito, ma deve essere fornito espressamente, dopo avere ricevuto un'adeguata informazione, anch'essa esplicita; presuntiva, per contro, può essere la prova che un consenso informato sia stato prestato effettivamente ed in modo esplicito, ed il relativo onere ricade sul medico (Sez. 3, sent. n. 20984 del 27/11/2012)"; Cass. 14 novembre 2017, n. 26827; Cass. 4 febbraio 2016 n. 2177; Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847. Per un approfondimento del tema del consenso in ambito sanitario G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 51; M. GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. civ. prev.*, 3, p.739.

⁵¹ In argomento A. MARCHESE, *La clessidra della morte: riflessioni sulla difficoltà cronometrica del danno tanatologico*, in *Riv. It. Med. Legale*, 2, 2017, p. 511; A. ASTONE *Il danno tanatologico (una controversa ricostruzione)*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2017, p. 191; A. GALASSO, *Il danno tanatologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 257. In giurisprudenza è d'obbligo il rinvio a Cass., S. U. 22 luglio 2015 n. 15350, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1008, con note di L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita* e di R. FOFFA, *Il danno da morte tra Epicuro e Guglielmo D'Occam*; in *Corr. giur.*, 10, 2015, 1203, con nota di F. D. BUSNELLI, *Tanto tuonò che.... non piovve. Le Sezioni unite sigillano il "sistema"*; in *Giur. it.*, 10, 2015, p. 2063, con nota di P. VALORE, *Le Sezioni unite confermano l'irrisarcibilità agli eredi del c.d. danno "tanatologico"*; in *Danno e resp.*, 2015, p. 889, con note di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*, R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, e G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*.

sostanziano, quanto ai parenti della vittima, per lo più in danni esistenziali e in danni morali, ancor più che in danni biologici, salvo sempre che la degenerazione della sofferenza non determini un danno psichico) e che presentano una notevole incidenza anche negli illeciti sanitari. Ai grandi assenti di un tempo se ne sommano ora di nuovi.

Se da un lato è vero che con l'art. 7, comma quarto, il legislatore della riforma ha rinviato, proprio per colmare tali lacune, ad un'ulteriore normativa di attuazione l'individuazione e la disciplina risarcitoria dei pregiudizi "afferenti alle attività" sanitarie non previste dagli artt. 138 e 139 (v. *supra* § 3), dall'altro, tuttavia, resta comunque la sensazione che si sia persa, anche in relazione ad un aspetto così delicato come quello della quantificazione del danno, l'occasione di realizzare una riforma organica, la quale, per di più, male si affida a continui interventi normativi *per saltum* che rischiano di frammentarla non solo dal punto di vista temporale.

V. L'art 7, terzo comma della l. 24/2017.

Prima di svolgere alcune considerazioni finali credo sia utile soffermarsi sull'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 7 della l. 24/2017, poiché una parte della dottrina ritiene che tale disposizione assuma rilevanza in sede di quantificazione del danno.

Si è infatti sostenuto che con la norma *de qua* - la quale prescrive che "il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente

⁵² *Ex multis* Trib. Bologna 18 luglio 2017, n. 1551; Cass. 20 ottobre 2016, n. 21230; Tribunale di Milano, 11 febbraio 2016; Cass. 16 marzo 2012, n. 4253; Cass. 6 settembre 2012, n. 14931; Cass. 17 luglio 2012, n. 12236; Cass. 11 novembre 2003, n. 16946; In dottrina G. IORIO, *Il danno risarcibile derivante dal decesso del convivente di fatto*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1092; L. MOLINARI, *Il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale spetta anche alla convivente della madre della vittima*; *Riv. It. Med. Legale*, 4, 2016, p. 1726.

legge” - ora come allora (poiché essa riproduce, quasi testualmente, il terzo periodo del primo comma dell’art. 3 della legge Balduzzi), il legislatore avrebbe previsto “un correttivo al rigore della teoria differenziale nella stima e nella liquidazione del danno”⁵³; una regola premiale che, incentivando, l’adozione di *best practices* in sanità, permetterebbe di ridurre il *quantum* del risarcimento allorché il medico avesse rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali.⁵⁴

⁵³ Così M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova Legge*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 273.

⁵⁴ Su questa linea di pensiero si vedano le riflessioni di C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria* cit., p. 754. Parla di “un caso molto curioso di danno punitivo rovesciato” in cui “si tiene, cioè, conto della condotta del danneggiante questa volta in modo positivo, non già per aumentare il livello del risarcimento, ma per diminuirlo”. G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno resp.*, III, 2017, p. 269. Con riguardo alla possibilità di ridurre il risarcimento del solo danno morale L. NOCCO, *La responsabilità civile “canalizzata” verso le aziende e i nuovi “filtri” per la proponibilità della domanda risarcitoria, La nuova responsabilità sanitaria*, a cura di M. NOVO-L. NOCCO, Milano, 2017, p. 41. Nel senso che la norma rilevi solo ai fini del contenimento della “personalizzazione” del pregiudizio, P. ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. Civ. prev.*, 2017, 4, p. 1123, per la quale “non si tratta dunque - nell’applicazione della regola in questione - di stabilire l’importo del risarcimento corrispondente all’integrale risarcimento del danno per procedere poi a una riduzione di tale somma. Più semplicemente, bisogna mantenere l’operato del giudice entro il perimetro degli usuali meccanismi risarcitori, riconoscendo che dell’osservanza da parte del sanitario delle linee guida/buone pratiche si terrà conto, con effetto contenitivo, in sede di personalizzazione del danno non patrimoniale dovuto alla vittima dell’illecito. Si tratta, del resto, di applicare una logica del tutto ragionevole, in quanto viene riconosciuta un’influenza limitativa - lungo il versante delle ripercussioni sofferenziali patite dalla vittima - della consapevolezza da parte di quest’ultima che l’operatore sanitario, pur avendo commesso una colpa, abbia mostrato un comportamento conforme alle linee guida/buone pratiche.

In riferimento alla corrispondente previsione della l. Balduzzi, M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l’avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 112, il quale ritiene “la condotta del convenuto, rispettosa delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, quale elemento idoneo a diminuire l’entità del *quantum* risarcitorio”; R. BREDI, *La responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 768; M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881. In giurisprudenza, in sede di *obiter*, Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di C. MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell’art. 3 d.l. Balduzzi in tema di colpa medica*; Trib. Reggio Emilia, sez. II, 18 maggio 2015, n. 747, in www.iusexplorer.it.

La considerazione del contesto complessivo in cui si collocava la corrispondente disposizione contenuta nella legge Balduzzi (l. 189/2012) consente, invece, a mio avviso, una differente interpretazione dell'una e, quindi, anche dell'altra (l'art. 7, terzo comma, della l. 24/2017), che della prima, come si diceva, è una mera trasposizione.

La previsione secondo cui "il giudice, *anche* [corsivo aggiunto] nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo" si chiarisce, infatti, solo se si considerano proprio le due disposizioni che la precedono e che recitano: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile".

Posto che tali ultime norme si riferiscono, con ogni evidenza, al piano del giudizio di responsabilità, rispettivamente, penale e civile⁵⁵, stabilendo, quanto alla

In relazione alla possibilità di ricollegare a tale disposizione un'ipotesi di risarcimento punitivo si veda *infra* la nota 60.

⁵⁵ Il dibattito originatosi in dottrina e in giurisprudenza sul significato di tale disinvolto, quanto lapidario rinvio all'art. 2043 c.c., materializzatosi all'ultimo in sede di conversione del d.l. 158/2012, è noto, così come il suo epilogo dovuto all'attuale formulazione dell'art. 7, primo comma con cui il legislatore ha manifestato, in modo inequivocabile, la scelta del doppio binario della responsabilità in ambito sanitario: extracontrattuale per il medico dipendente di struttura e per quello operante in regime di convenzione (salvo, sempre, il caso di assunzione di un'obbligazione contrattuale con il paziente), contrattuale, per strutture sanitarie e sociosanitarie. Viene così neutralizzata la portata della teoria del cd. contatto sociale, attraverso la quale la giurisprudenza maggioritaria, per quasi un ventennio (dalla storica sentenza della Cassazione 22 gennaio 1999, n. 589), aveva incardinato la responsabilità del medico dipendente nell'alveo dell'art. 1218 c.c. Sul punto, per una ricostruzione della vicenda, si rinvia in *toto* alle pagine di R. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 137; M. FACCIOLI, *La quantificazione*, cit., p. 100; M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 175; P. GATTARI, *Profili civilistici della Legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1039.

Sul tema è poi d'obbligo lo studio di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p.159 e, in posizione contrapposta, G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, *Contratto impr.*, 2015, p. 532.

prima, in particolare, la depenalizzazione delle condotte del medico - finanche - caratterizzate da colpa lieve, ove rispettose delle linee guida e buone pratiche, la congiunzione “*anche*” del terzo periodo dell’art. 3 evidenzia, allora, che la “*determinazione del danno*”, cui il medesimo periodo fa riferimento, non può che richiamare, nello stesso modo, il piano dell’*an respondeatur*⁵⁶, in relazione al medesimo profilo della colpa, il quale, *anche* in sede civile dovrà essere valutato “innanzitutto verificando se il medico abbia o meno dimostrato di conoscere e di avere adeguatamente applicato, nel caso concreto, le <linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica>”⁵⁷.

Il complesso delle regole contenute all’art. 3 della cd. l. Balduzzi vale, dunque, tra l’altro, a ribadire la centralità - benché non l’esclusività o l’esautività - della verifica dell’osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ai fini del giudizio di responsabilità dell’ambito sanitario⁵⁸.

Del resto tale è la rilevanza del giudizio sulla colpa nella *medical malpractice*, che essa, come è stato opportunamente osservato,⁵⁹ è in grado di stemperare, le

⁵⁶ Così anche M. BONA, *La R.C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per la (dis)applicazione delle nuove disposizioni*, in *La valutazione della colpa medica*, a cura di F. MARTINI - U.R. GENOVESE, 2012, p. 55. Nello stesso senso, sempre in riferimento alla disciplina previgente e in sede di *obiter*, Trib. Cremona, 1 ottobre 2013 (in *Resp. civ. Prev.*, 2014, p. 1327, con nota di F. GALLETTI, *L’art. 3, comma 1, della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. (con) cause ignote?*), secondo cui “la norma impone di tener conto del rispetto delle linee guida nella determinazione del risarcimento del danno, ossia nell’*an*, non nella determinazione del danno risarcibile, ossia nel *quantum*”; Trib. Teramo, 20 maggio 2014, n. 717 (in *www.iusexplorer.it*) secondo il quale l’art. 3 della cd. l. Balduzzi, è volto a “fare salvo (nel secondo periodo) l’obbligo risarcitorio e a sottolineare (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)”.

⁵⁷ Così M. FACCIOLI, *La quantificazione*, cit., p. 98.

⁵⁸ M. FACCIOLI, *La quantificazione*, cit., p. 99, il quale sul punto rinvia opportunamente anche alle considerazioni di R. ZOJA, U.R. GENOVESE, F.L. MOBILI, S. AMATO, A. PANÀ, *Il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche da parte dell’esercente la professione sanitaria*, in *La valutazione della colpa medica*, a cura di F. MARTINI, U.R. GENOVESE, cit., p. 106 e A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009.

⁵⁹ M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova Legge*, cit., p. 273. Nello stesso senso G. PONZANELLI, cit., p. 269.

differenze stesse, con riguardo a tale profilo, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale allorché, in ambito istruttorio è ormai invalsa la prassi di ricorrere alla CTU anche qualora la relativa prova tecnicamente incomba sulla vittima dell'illecito sanitario.

Di contro, il fatto che anche l'ultima parte del terzo comma dell'art. 3 della cd. l. Balduzzi attenga al giudizio di responsabilità - *sub specie* della colpa -, non significa che la previsione in parola, dia, in ambito civile, indicazioni diverse da quelle che le norme codicistiche affidano all'art. 2236 c.c., dove è solo l'imperizia lieve a mandare esente da responsabilità il professionista nelle ipotesi ivi previste (e, cioè, quando "la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà").

Della quantificazione dei danni non si occupa, quindi, né l'ultima parte del terzo comma della legge Balduzzi, né, tantomeno, la corrispondente poco tecnica formulazione, contenuta nel secondo periodo del terzo comma dell'art. 7 della l. 24/2017⁶⁰ - anch'essa sconosciuta al testo approvato in prima lettura alla Camera⁶¹ -

⁶⁰ Sul versante opposto, le medesime considerazioni valgono, nello stesso modo, ad escludere la possibilità di ricollegare a tale previsione l'introduzione di una nuova fattispecie di risarcimento punitivo. Nello stesso senso, ma, soprattutto, per la diversa ragione che tale scelta confliggerebbe con l'obiettivo del contrasto al fenomeno della medicina difensiva M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, cit, p. 110, cui si rinvia anche per la disamina di altre argomentazioni critiche sul punto e alle indicazioni bibliografiche ivi indicate. Analogamente in posizione contraria, anche rispetto all'apertura da parte del legislatore alla possibile funzione sanzionatoria della responsabilità civile L. GUFFANTI PESENTI *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7 co, L. 8.3.2017 n. 24*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2017, p. 1499, per la quale "la pur mutata collocazione della norma nella nuova legge, e le sue (peraltro modeste) variazioni testuali, sebbene consentano, diversamente da prima, di immaginare una modulazione dell'obbligazione risarcitoria anche in rialzo rispetto ai valori tabellari degli artt. 138 e 139 cod. ass., non sono però in grado di attribuire alla norma alcuna valenza sanzionatoria. Una tale interpretazione sarebbe distonica rispetto al sistema della responsabilità civile e contraddirebbe, senza alcuna plausibile giustificazione, gli intenti della l. 24/2017, la quale, ponendosi nel solco della precedente, ne condivide la generale aspirazione di contenimento dei noti eccessi di responsabilità medica.

Del resto, anche in riferimento a tale ricostruzione, (v. *infra* nel testo quanto rilevato per l'altra lettura della norma), sempre *ad adiuvandum*, può essere utilmente evocato il brocardo *ubi lex voluit dixit* che è quanto è avvenuto all'art. 8, quarto comma della l. 24/2017, il quale prevede

di cui non si sentiva certo il bisogno, dal momento che l'idea che le linee guida debbano considerarsi il parametro preliminare – seppur non esaustivo –, anche per la valutazione della condotta ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, era stata già ampiamente manifestata dal legislatore: in via generale, nella previsione di linee guida di ultima generazione (art. 5)⁶² cui si è voluto attribuire un ruolo di

che il giudice condanni le parti che non abbiano partecipato al procedimento di consulenza tecnica preventiva, indipendentemente dall'esito del giudizio, non solo al pagamento delle spese legali, ma anche "ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione". Esulando dal tema di questo studio, per una compiuta disamina dei *punitive damages*, anche in relazione alle condizioni di compatibilità con il nostro sistema ordinamentale, non può che rinviarsi a G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in questa *Danno e resp.*, 2008, II, 25 ss. *Contra*, in posizione critica nei confronti della funzione sanzionatoria della responsabilità civile, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 326; ID, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, a cura di P. CERAMI, M. SERIO, Torino 2011, p. 102. In particolare, sulle recenti statuizioni delle S.U. della Corte di Cassazione, 5 luglio 2017, n.16601 (in *Danno e resp.*, p. 419), si rinvia ai commenti, ivi contenuti di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; P. G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*.

⁶¹ V. nota 7.

⁶² In particolare si tratta di linee guida che devono essere integrate nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito dell'Istituto superiore di sanità "previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni." Le linee guida possono essere elaborate solo da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della salute, al ricorrere delle condizioni ivi previste.

Non è questa la sede in cui svolgere una compiuta analisi della rilevanza giuridica delle linee guida, tuttavia, non può non osservarsi come la sempre maggior centralità ad esse riconosciuta nella nuova e più articolata disciplina di cui alla l. 24/2017, potrebbe celare l'esistenza di un equivoco di fondo collegato all'idea che sia possibile creare una medicina cd. procedurale, burocratizzata, a cui affidare, in uno, tanto la sicurezza e, dunque, ex art 1 l. 24/2017, la salute del paziente, quanto, corrispondentemente, la protezione degli operatori sanitari e delle strutture in caso di danno. A parte i rilievi sui rischi, non trascurabili, che deriverebbero dalla creazione di una simile medicina (e da quella di una, corrispondente, sicurezza) di stato sulla dignità e autonomia della professione medica, oltreché sulla stessa medicina difensiva che, in questi termini, tornerebbe "in circolo addirittura potenziata" (sul punto M. GORGONI, op. cit., 179), una siffatta concezione ipertrofica del ruolo delle linee guida tradirebbe una mistificazione delle reali potenzialità di tali regole che, per essenza, sono "norme elastiche" e che, come tali,

spicco nella realizzazione di quel diritto alla sicurezza delle cure che è, formalmente, l'obiettivo dichiarato della legge Gelli-Bianco-, ma anche in norme quali l'art. 6

“richiedono di essere specificate in base alle circostanze del caso concreto” (Così A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (L.189/2012, cd. “Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. It. Medicina Legale*, 2013, p. 843). In questo senso, essendo la medicina un'arte che deve confrontarsi con l'estrema variabilità dell'essere umano, le linee guida non possono che limitarsi a “fornire, di fronte alla smisurata varietà delle malattie e delle loro manifestazioni nei singoli pazienti, criteri meramente orientativi e generalmente anche poco duraturi, in quanto bisognosi di continuo e costante aggiornamento” (A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009). Del resto, come sottolineano anche C. BUCCELLI, I. ABIGNENTE, M. NIOLA, M. PATERNOSTER, V. GRAZIANO, P. DI LORENZO (*La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla cd. legge Balduzzi, le problematiche connesse, i tentativi di*, in *Riv. It. Medicina Leg.*, 2, 2016, p. 663, cui si rinvia anche per l'ampia trattazione generale del tema, unitamente, sempre per la disciplina previgente, a M. CAPUTO, “*Filo d'Arianna*” o “*Flauto magico*”? *Le linee guida e check list nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 875 e a M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881) “nell'applicazione di tali raccomandazioni al caso concreto risiede [...], il diritto/dovere del medico di agire in libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità», ispirando «la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura [Art. 4 Codice di Deontologia Medica del 18 Maggio 2014.16; n.d.a]. Al riguardo coglie così nel segno la riflessione secondo cui “l'idea del legislatore di burocratizzare le colpa ingabbiandola nelle linee guida dà più il senso di un'occasione perduta che di una chance ben sfruttata”. R. PUCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, in *Resp. Medica. Dir. prat. clinica*, 2017, fasc. 1, 4. Per diffuse considerazioni sul tema non si può non rinviare alle pagine, sempre preziose, di F. INTRONA, *Metodologia medico legale nella valutazione della responsabilità medica per colpa*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1996, p. 1323. In giurisprudenza, di recente, Cass. 9 maggio 2017, n. 11208 ha affermato il principio secondo il quale *le linee guida in ambito sanitario costituiscono un utile parametro di accertamento della perizia del sanitario e, dunque, della eventuale colpa. Tuttavia, il mero rispetto dei precetti contenuti nelle prime non esime il giudice dal valutare, nella propria discrezionalità di giudizio, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta*. Per una riflessione critica, anche in relazione al carattere municipale delle nuove linee guida, G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e...no blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1; R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, cit., p. 161. A P. ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, in *Responsabilità medica*, 2017, 43 e ID, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. Civ. prev.*, 2017, 4, p. 1123, si rinvia per un'estesa analisi degli “inediti nodi problematici” cui dà luogo il modello delle nuove linee guida. Per una chiara distinzione tra linee guida e protocolli C. BUCCELLI, I. ABIGNENTE, M. NIOLA, M. PATERNOSTER, V. GRAZIANO, P. DI LORENZO, cit., p. 664.

(Responsabilità penale dell'esercente la professione)⁶³ e l'art. 7 (Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria) che, con spazi sicuramente più adeguati, ne chiariscono la rilevanza negli specifici ambiti di applicazione.⁶⁴

Oltre ai rilievi interpretativi evidenziati, che paiono, di per sé, decisivi, vi sono, in ogni caso, diverse altre ragioni che consentono di escludere che le norme *de quibus* possano permettere una riduzione del risarcimento.

In primis la circostanza che il profilo della quantificazione dei danni è espressamente disciplinato in un comma diverso - e successivo -, tanto nella disciplina previgente (il terzo comma dell'art. 3), quanto in quella in vigore (il quarto comma dell'art. 7). Non si comprendono pertanto le ragioni per le quali il legislatore avrebbe dovuto frammentare la regolamentazione dell'istituto.

Resta poi sempre un punto fermo la considerazione che *ubi lex voluit dixit*. E' quanto è avvenuto all'art. 9, quinto comma della l. 24/2017, dove non si è certo esitato nell'indicare le circostanze suscettibili di condizionare, alleggerendone

⁶³ Sui profili penalistici della riforma C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in www.ilpenalista.it; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 84; M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO, L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli, Milano, 2017*, p. 26.; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1765 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573; A. QUATRARO, *Così l'osservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*, in *Guida dir.*, 2017, 15, p. 56. Per le alcune riflessioni su Cass. pen. S.U., 22 febbraio, n. 8770, con cui viene chiarito il perimetro di applicazione del nuovo art. 590 *sexies* c.p., C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in www.penale contemporaneo.it.

⁶⁴ E' questa la ragione per cui nel testo contenuto nella l. 24/2017, per la necessità di adattarne la formulazione al nuovo contesto normativo, è stata espunta la congiunzione <anche>: l'art. 7 si occupa, infatti, dei soli profili civilistici della responsabilità - e l'art. 7, terzo comma, in particolare della sola responsabilità dell'esercente la professione sanitaria - a differenza, come detto del previgente art. 3 della l. Balduzzi. Il richiamo finale alla "condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge" vale, dunque, solo, in modo del tutto superfluo a richiamare, in entrambi i campi, la rilevanza del rispetto delle linee guida.

l'ammontare, la quantificazione delle somme ripetibili tramite l'azione di responsabilità amministrativa, esperibile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. "Ai fini della quantificazione del danno" è, infatti, possibile tener conto "delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato."

Ridurre ulteriormente (posto, cioè, che i parametri di riferimento per la liquidazione del danno sono quelli previsti dal modello legale *ex art. 139 d. lgs 209/05*) il *quantum* liquidato al paziente danneggiato solo perché il medico - in colpa lieve - ha comunque rispettato le linee guida realizzerebbe, inoltre, il paradosso per cui fattispecie in cui sono comunque presenti tutti gli elementi dell'illecito verrebbero trattate alla stregua di quelle in cui è proprio l'assenza di uno di essi (quali l'antigiuridicità - *ex art. 2044 c.c.* - o l'imputabilità - *ex art. 2047*, secondo comma c.c.) a consentire il superamento del diritto all'integrale risarcimento del danno, potendo in tali casi, il danneggiato ottenere, come noto, solo un'equa indennità.

E' dunque altresì per l'irragionevolezza cui darebbe luogo una simile compressione della funzione riparatoria della responsabilità civile che si può escludere che le norme esaminate possano introdurre nel nostro sistema una sorta di risarcimento de-punitivo in danno del paziente: si andrebbe in tal modo a premiare un soggetto che non ha - solo - uniformato il suo comportamento ai canoni delle *leges artis*, ma che ha - altresì- arrecato dei pregiudizi, a volte consistenti al paziente, il quale, in tal modo, verrebbe oltretutto vulnerato anche nel suo diritto alla integrale riparazione del danno.

L'introduzione di un correttivo di questo genere non sarebbe giustificabile nemmeno facendo leva su una sua pretesa coerenza con l'obiettivo del contrasto alla medicina difensiva, poiché non si può dimenticare che il centro della nuova

disciplina è, *in primis*, come detto, la sicurezza delle cure, la quale, senz'altro, partecipa e si giova di assenza di prassi di medicina difensiva⁶⁵, in quanto le cure saranno più sicure nella misura in cui verranno neutralizzati comportamenti in cui il bene del paziente non è il primo obiettivo dell'azione del sanitario e laddove vi possono essere maggiori risorse disponibili, ottenute dal risparmio sugli sprechi connessi a una "spesa sanitaria difensiva"- ma, soprattutto, richiede, di per sé - proprio perché la sicurezza delle cure non coincide con la sola eliminazione della medicina difensiva -, che siano assicurati adeguati *standard* qualitativi della prestazione del sanitario e della struttura⁶⁶ (che consentono il contenimento dei danni ancor prima che quello del loro valore) che potrebbero non essere propriamente incentivati da simili sconti sul *quantum*.⁶⁷

VI. Alcune conclusioni.

E' ora il tempo di tornare all'interrogativo lasciato in sospeso alla fine del primo paragrafo e chiedersi se quella del contenimento del *quantum* del risarcimento, operata con il rinvio alla tabellazione normativa del d. lgs 209/05, sia una scelta efficiente, e cioè, idonea a contrastare - attraverso il *medium* dell'effetto deflattivo sul contenzioso - il fenomeno della medicina difensiva.

La risposta non può che essere negativa.

E questo perché far leva sulla scarsa appetibilità del ricorso alla tutela risarcitoria, tradisce l'essenza remediale e reattiva di una siffatta soluzione, che,

⁶⁵ Come, opportunamente, esprime in modo inequivocabile, riferendosi a comportamenti in cui potrebbero ravvisarsi gli estremi della cd. medicina difensiva attiva, anche il secondo comma dell'art. 1 della novella, allorché dispone che "la sicurezza delle cure si realizza" - oltretutto "mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie" (in cui si allude propriamente all'attività di cd. *risk management*) - anche tramite "l'utilizzo appropriato delle risorse, strutturali, tecnologiche e organizzative".

⁶⁶ Sul punto v. *infra* nel testo *sub* note 75 e 76.

⁶⁷ Senza contare che la creazione di simili sacche di privilegio, con ogni probabilità, non gioverebbe all'inaugurazione di un nuovo corso nella relazione medico-paziente. Su questo aspetto v. *infra* nelle conclusioni.

come tale, per forza di cose, trascura di considerare che entrambi i fenomeni - quello dell'aumento del contenzioso e quello della medicina difensiva -, si alimentano reciprocamente perché partecipano della stessa eziologia, *id est*, della profonda, bilaterale, frattura del rapporto medico paziente.

Nonostante la novella sin dalla propria rubrica⁶⁸ abbia inteso proclamare che la tutela della salute in primo luogo, e, più in generale, la responsabilità medica non possono essere più solo una questione di responsabilità civile, il contrasto alla medicina difensiva, su questo fronte, viene mantenuto e perseguito all'interno di una logica che resta emergenziale e palliativa⁶⁹ e rispetto alla quale, peraltro, la compressione dei diritti risarcitori dei pazienti (che, come è stato opportunamente ricordato con amara ironia, stanno in corsie che non sono certo quelle in cui transitano le automobili e che nulla hanno, quindi, in comune con i danneggiati della strada⁷⁰) nella migliore delle ipotesi risulterà a tali fini irrilevante⁷¹, quando non potenzialmente controproducente perché suscettibile di radicalizzare ulteriormente la conflittualità del paziente.

Diversamente, affrontare il problema della medicina difensiva in una prospettiva proattiva, impone di ridare centralità alla relazione di cura, creando le

⁶⁸ La quale recita "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" così sostituendo quella contenuta nella versione approvata in prima lettura alla Camera, il cui testo, invece, riportava "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario".

⁶⁹ Anche su altri versanti la prospettiva remediale della riforma evidenzia come la posizione del sanitario sia alleggerita solo momentaneamente e/o apparentemente: lo esprimono le norme sul regresso, le cui limitazioni quantitative, qualitative e temporali daranno facilmente luogo agli esiti di cui si è detto (vedi *supra* alla fine del § 2), lo rivela quella scelta del mutamento del titolo della responsabilità che, in realtà, il momento istruttorio, in punto di colpevolezza, tende a ridimensionare.

⁷⁰ G. PONZANELLI, *I problemi della medical malpractice e le risposte della legge Bianco Gelli*, di prossima pubblicazione in atti del Convegno "Prospettive della responsabilità sanitaria alla luce della c.d. legge Gelli-Bianco (l. 24/2017)" tenutosi a Padova il 6 e 7 dicembre 2017.

⁷¹ Sul punto, per la disciplina previgente si rinvia alle riflessioni di M. FACCIOLO, *cit.*, 112.

condizioni affinché essa possa dar vita a quell'alleanza terapeutica⁷² che – sola –, legando inscindibilmente consenso, fiducia⁷³ e, dunque, affidamento del paziente, da un lato, e reale presa in carico di questi da parte del medico, dall'altro, è quanto, di per sé, limiterebbe ai comportamenti percepiti come un grave *vulnus* ad essa la reazione del paziente e, dall'altro, neutralizzerebbe scelte che non abbiano come fine esclusivo quello della tutela della salute.

La l. 24/2017 sarebbe stata la sede naturale per ospitare la disciplina di questo aspetto cruciale della responsabilità medica, ma è solo con la l. 22 dicembre 2017, n. 219 (recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”) che il legislatore - evidenziando ancora una volta la disorganicità degli interventi normativi in materia – vi provvede per ovviare ad una lacuna di cui, comunque, si continua ad avvertire la presenza all'interno della novella.⁷⁴

Tra le condizioni necessarie alla costruzione dell'alleanza terapeutica rientra sicuramente la garanzia dell'esistenza di adeguati livelli di professionalità degli operatori sanitari, la quale, a sua volta, non può non richiamare l'assunzione di un

⁷² Per un approfondimento di questo tema A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Ancona, 1996; ID, *Corpo e libertà*, Milano, 2001.

⁷³ Per alcune riflessioni sulla fiducia nel rapporto medico-paziente, G.E. NAPOLI, *cit.*, 78.

⁷⁴ Al riguardo si vedano anche le riflessioni critiche di E. Quadri, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 33; M. GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, p.739. Per una riflessione sui vari profili della novella si vedano i contributi contenuti in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto* (in www.biodiritto.it) di C. CASONATO *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*; C. BARBISAN, *Legge 219: tormenti, chiarezze, insidie*; F. D'AGOSTINO, *Come leggere la legge n. 219/2017*; S. CANESTRARI, L. ORSI, G. R. GRISTINA, D. PARIS, N. ZAMPERETTI, A. GIANNINI, C. VIAFORA, P. MORINO, G. FERRANDO, F. G. PIZZETTI, F. GIARDINA, P. BENCIOLINI, P. VERONESI, V. MOLASCHI, C. BERGONZINI, A. FRANCESCONI, L. BUSATTA *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*; I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*.

ruolo e di una responsabilità specifici da parte delle strutture anche nel ripensare tempi e spazi delle prestazioni sanitarie perché troppo spesso i cd. rischi di sistema⁷⁵, specie se legati all'organizzazione del lavoro (carenza di personale, turni non rispettosi del dovuto riposo), oltre a dare luogo a danni di sistema⁷⁶, possono, di per sé, gravemente pregiudicare, la (ri)costruzione di un'equilibrata relazione di cura - che non è *altro* rispetto all'attività da svolgere⁷⁷, ma un *quid* di immanente ad essa - in cui far finalmente incontrare "l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"⁷⁸.

⁷⁵ Sulla centralità dell'organizzazione di un efficiente sistema di c.d. *risk management* "nell'economia di qualsiasi intervento in materia sanitaria" che "aspiri ad un soddisfacente grado di organicità" E. Quadri, *cit.*, p. 45.

⁷⁶ Danni di sistema, troppo spesso, soprattutto in passato, posti a carico dei sanitari. Lo ricorda Franzoni, *Colpa e linee guida nella nuova Legge*, cit. p. 271. Sulla responsabilità delle strutture per le carenze strutturali ed organizzative *ex multis* R. BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 3, 2017, p. 283; M. FACCIOLI, *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2016, p. 1851; R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari, Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2007, p. 253 ss.; ID., *Dall'atto medico all'attività sanitaria: quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, IV, Milano, 2011, p. 151.

⁷⁷ In questo senso l'art. 1, ottavo comma 8 della l. 219/2017 dispone che "Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura." Sempre in quest'ottica, nel ribadire l'essenzialità che siano assicurate le condizioni perché possa realizzarsi la relazione di cura dispongono i due commi successivi: "Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale" [...] "La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative."

⁷⁸ Art. 1, comma secondo della l. 219/2017.