

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

LEGGE N. 189/2012: APPLICABILITÀ DELLE TABELLE *EX* ART. 139, D.L.G.S. N. 209/2005, AI PROCEDIMENTI PENDENTI RELATIVI ALLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE SANITARIA

di Roberto Bichi



GIUFFRÈ EDITORE

37 LEGGE N. 189/2012: APPLICABILITÀ DELLE TABELLE EX ART. 139, D.LGS. N. 209/2005, AI PROCEDIMENTI PENDENTI RELATIVI ALLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE SANITARIA (*)

di **Roberto Bichi** – *Magistrato ordinario, Presidente della Sezione Civile Prima del Tribunale di Milano*

La legislazione di nuovo conio immessa nell'Ordinamento nel 2012, nel tentativo di offrire soluzione a vecchi problemi ne ha, in verità, creati dei nuovi. La legge n. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi) ha, tuttavia, certamente invitato gli interpreti a rimeditare il tema della colpa in sanità e, in generale, il tema del danno iatrogeno: l'intervento del Legislatore, infatti, è nel senso di circoscrivere il perimetro della responsabilità sanitaria, guardando alla tenuta del sistema generale solidaristico di assistenza sanitaria. Ed ecco che, tra nuove norme e vecchie disposizioni legislative, il giudice, ancora una volta, si trova a dover sciogliere il nodo del « come » e « quando » risarcire.

The new Law of 2012 introduces innovative rules in the issue of « medical malpractice » and, in particular, in compensatory “non-economic” damages with the aim to change the medical liability system introducing limits on recovery.

Sommario 1. Introduzione: intervento normativo con funzione limitativa. — 2. Il richiamo alle tabelle assicurative: stato « dell'arte ». — 3. Tabelle assicurative e danno iatrogeno incrementativo. — 4. Selezione delle conseguenze imputabili al medico. — 5. Liquidazione del danno morale.

1. INTRODUZIONE: INTERVENTO NORMATIVO CON FUNZIONE LIMITATIVA

Nel verificare i primi approcci applicativi della l. n. 182/2012, abbiamo constatato, nell'ambito della discussione tra noi giudici della Prima Sezione civile, che si occupa di cause per risarcimento del danno da responsabilità professionale, come si sia immediatamente manifestata, da parte di alcuni commentatori e in alcune prime applicazioni giurisprudenziali, quasi una sorta di insofferenza per l'intervento normativo, ed in particolare perché esso comporta una limitazione nella misura del risarcimento dei danni e disciplina, in parte, la materia in maniera difforme rispetto a quanto elaborato dalla giurisprudenza.

Atteggiamento che non può essere condiviso dovendosi prendere atto, come giudici, dell'intervento normativo, anche se si pone in esplicita funzione limitativa, dettata da esigenze emerse e obiettive riscontrabili, e che attengono a valutazioni d'insieme che, evidentemente, non competono alla giurisdizione. Temi che possono essere ricondotti essenzialmente alla compatibilità dei costi indotti (medicina difensiva, livelli dei premi

(*) Questa relazione si basa sull'intervento svolto al Convegno « *Sull'azione giudiziaria nella responsabilità professionale sanitaria* » tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano-Istituto di medicina legale il 14 ottobre 2013.

assicurativi, oneri sulla sanità pubblica, ecc.) con il permanere di un sistema generale solidaristico di assistenza sanitaria. A tale riguardo, va ricordato il quadro davvero preoccupante fornito dal Procuratore della Corte dei conti della Lombardia al recente Convegno *Il perimetro della colpa in sanità* (Università degli Studi di Milano, 14 maggio 2013) il quale ha evidenziato come il meccanismo che si è determinato sta portando velocemente a livelli di insostenibilità: l'azienda sanitaria, oramai, può giovare di coperture assicurative che prevedono franchigie sino a Euro 200.000,00 per sinistro, con conseguente pagamento diretto del risarcimento; da qui l'azione di recupero obbligatoria della Corte dei conti per danno contabile nei confronti del medico «colpevole» dell'esborso, con l'ulteriore conseguenza di premi assicurativi per le assicurazioni personali dei medici — soprattutto per le specialità più esposte —, che assorbono in maniera progressiva il loro reddito.

Vi è, quindi, un contesto in cui interventi normativi che cerchino di riportare il sistema risarcitorio dei danni «areddituali-non patrimoniali» in schemi razionali e omogenei appaiano inevitabili, anche se si muovono — piaccia o meno — con lo scopo esplicito di porre un limite al progressivo espandersi dell'entità e delle figure dei risarcimenti «equitativi»; il dato è da valutarsi nell'ambito di una considerazione complessiva delle necessità, delle esigenze e degli interessi che incrociano il settore.

Il tema acquisisce quindi rilievo anche in relazione all'art. 3, comma 3, che prescrive che il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni).

2. IL RICHIAMO ALLE TABELLE ASSICURATIVE: STATO «DELL'ARTE»

Per quanto riguarda il contenimento delle liquidazioni cui si addiende attraverso il richiamo delle tabelle assicurative, rispetto ai risultati ottenuti tramite l'applicazione delle tabelle milanesi, si sono posti alcuni argomenti volti, sostanzialmente, a disapplicare la disposizione, ovvero a ritenerla applicabile solo ai fatti successivi al 24 marzo 2012. A tale riguardo, è opportuno riassumere lo «stato dell'arte».

a) Si è rilevato come — a suo tempo — la ridotta quantificazione del punto, per la valutazione del danno biologico derivante da lesioni di lieve entità, era stata giustificata sulla base di considerazioni correlate agli effetti positivi di un'operazione del genere a favore del sistema assicurativo, il quale si sarebbe trovato ad avere maggiori risorse per fronteggiare le macrolesioni e avrebbe potuto ridurre adeguatamente i premi assicurativi: v. Cassazione sentenza n. 12408/2011, che «giustificava» l'adozione, in tale ambito, di valori del punto ridotti con la necessità di non incrementare i premi assicurativi, senza possibilità di estensione del meccanismo in via analogica. Da ciò si trae argomento per sostenere che, quindi, il richiamo e l'estensione previsti dall'art. 3, comma 3, cit., sono «incostituzionali» e, comunque, possibili solo da quando diventi operativo l'obbligo assicurativo per i sanitari (oramai rinviato). L'argomento collide evidentemente con la disposizione normativa, che non prevede alcuna correlazione tra applicazione delle tabelle del Codice delle assicurazioni, direttamente richiamate, e l'obbligo assicurativo. E collide anche con la *ratio* espressa dalla Cassazione nella sentenza n. 12408/2011, dove si sottolinea che le tabelle assicurative relative alle micropermanenti rappresentano un modello non esportabile al di fuori dell'ambito dei sinistri stradali, in virtù di una interpretazione estensiva o analogica, stante la

specificità della previsione. Ma ora si tratta di una estensione in conseguenza di previsione normativa, quindi non vi è problema interpretativo (analogia, ecc.).

b) Altro argomento, volto a configurare una sorta di c.d. interpretazione costituzionalmente orientata che imporrebbe di disapplicare il richiamo alle tabelle assicurative, fa centro su due argomenti: 1) la disposizione Balduzzi ha natura sostanziale e, quindi, non può applicarsi a fatti avvenuti anteriormente, che hanno integrato, oramai, un diritto acquisito a favore del danneggiato, secondo i criteri liquidatori al momento vigenti (le tabelle milanesi).

Ma va notato che, in linea generale, la legge ordinaria non penale può derogare al disposto delle disposizioni sulla legge in generale perché hanno pari rango come fonte del diritto; non possono essere retroattive le leggi penali e, in parte, le sanzionatorie amministrative perché la disposizione che sancisce la irretroattività delle norme penali meno favorevoli al reo è di rango costituzionale (Cass. civ. n. 4606/2012). Inoltre non si verte in tema di successione di leggi che regolano il medesimo fenomeno. Il raffronto è tra una disposizione avente natura legislativa (decreto Balduzzi) e dei criteri — costituenti prassi tendenzialmente condivisa ma non obbligatoria — che consentono di esercitare uniformemente la discrezionalità del giudizio di equità.

Si sostiene che comunque si è avuta una sorta di assunzione di efficacia normativa delle tabelle giurisprudenziali. Ma può obiettarsi: se si considerano i mutamenti intercorsi e le stesse modifiche della misura del risarcimento nelle tabelle giurisprudenziali succedutesi, può rilevarsi che nessuno ha ipotizzato una non applicabilità dei nuovi criteri via via elaborati nelle tabelle a fatti precedenti la modifica.

È ben vero che vi è stato sempre un ampliamento della misura del risarcimento e non una riduzione (diversamente da come deriva dall'applicazione dell'art. 139 cod. ass.). Ma la posizione giuridica di maggior vantaggio del creditore si correla alla determinazione di una situazione più gravosa per il debitore e, pertanto, le asserite pretese di non retroattività, in tale ottica, sarebbero comunque ravvisabili *ex latere debitoris*. Nessuno, però, ha ritenuto che le modifiche «tabellari» determinassero effetti rilevanti *ex art. 11 prel.*, proprio per la consapevolezza che esse rappresentano criteri orientativi non aventi efficacia di legge e che vengono in considerazione al momento della decisione del giudice, non essendosi cristallizzato alcun diritto «liquidatorio» al momento dell'evento dannoso. L'intervento giurisprudenziale, in effetti, ha avuto una funzione di supplenza, in carenza di indicazioni normative. Nulla esclude allora che si possa procedere all'applicazione delle stesse (criteri r.c. auto) a fronte di un richiamo normativo, non ostandovi alcun precetto normativo. La stessa più volte evocata Cassazione n. 12408/2011 fa riferimento all'applicazione delle tabelle milanesi sul presupposto che mancano criteri stabiliti dalla legge. Val la pena di evidenziare, poi, che nulla rileva il riferimento — contenuto in alcune sentenze di merito che hanno negato l'applicabilità del Codice delle assicurazioni al risarcimento conseguente a responsabilità professionale medica — alla pronuncia n. 11048/2009 massimata nel senso che i criteri liquidatori per le minipermanenti adottate sulla base della l. n. 57/2001, art. 5, non si applicano a fatti antecedenti alla loro entrata in vigore. La motivazione della sentenza fa esplicito riferimento alla circostanza che detti criteri non avevano valenza legislativa, essendo adottati con atto amministrativo, decreto ministeriale, evidenziandosi, proprio nella motivazione come esse fossero orientative in attesa della loro riformulazione con d.P.R. Sistema del tutto innovato poi con l'adozione dell'art. 139 cod. ass.

c) Altro argomento addotto per disapplicare la legge Balduzzi è che in materia sanitaria deve garantirsi l'integrale risarcimento del danno, così come consentito dall'applicazione delle tabelle giurisprudenziali, mentre il richiamato Codice delle assicurazioni altera tale diritto. Ma può obiettarsi: esiste, in primo luogo e in via generale, un diritto costituzionale all'integrale risarcimento del danno? Una eventuale risposta affermativa collide con pronunce della Corte costituzionale (v. n. 132/1985, obblighi risarcitori del vettore aereo) e ancora con la disciplina in tema di danno da radiazioni nucleari (si pensi poi agli ultralimiti indennitari-risarcitori previsti nel caso di ingiusta detenzione o per errori giudiziari, pur in presenza di lesioni di beni personali primari): il legislatore può, quindi, consentire un risarcimento ridotto, purché sia serio e non tenda ad essere arbitrariamente inadeguato; devono esserci esigenze giustificanti, razionali, compatibili con il sistema costituzionale (e non lo è, forse, la tutela del sistema di assistenza sanitaria?). Ma poi, come si fa a ipotizzare una non integralità del danno, là dove i parametri di riferimento sono meramente di equità (non vi è, infatti, una possibilità di raffronto tra un accertato valore venale, economico del bene salute del danneggiato e la misura del risarcimento equitativo per la lesione reddituale subita).

Sulla base di tali rilievi si deve ritenere in linea generale operativo il richiamo svolto dall'art. 3 agli artt. 138 e 139 cod. ass. per la liquidazione delle micropermanenti sino al 9%.

3. TABELLE ASSICURATIVE E DANNO IATROGENO INCREMENTATIVO

Sussiste un ulteriore aspetto problematico, proprio concernente l'ipotesi di danno iatrogeno. Il danno iatrogeno è sempre un danno disfunzionale che si inserisce in una situazione funzionalmente in parte già compromessa. Trattandosi di danno incrementativo si pongono le seguenti ipotesi.

a) L'incremento si muove nell'ambito del 9% (esempio: situazione preesistente invalidante del 3%; danno iatrogeno incrementativo del 2%). In tali casi può trovare applicazione senza dubbi la tabella assicurativa richiamata dalla legge Balduzzi.

b) L'incremento iatrogeno, anche se contenuto in una percentuale 1-9%, si inserisce o determina una situazione invalidante complessiva maggiore, in considerazione della situazione preesistente (es. soggetto invalido al 20% che, a seguito di intervento malfatto ha una invalidità del 28%). L'orientamento emerso nella Sezione Prima è che la tabella r.c. auto attenga ad una situazione invalidante minimale o contenuta, mentre là dove vi sia una situazione invalidante globalmente maggiore non può trovare applicazione, dovendosi comunque considerare il soggetto leso nella sua unica complessità biologica e esistenziale. Pertanto, in tal caso può farsi riferimento, quale criterio equitativo, alle Tabelle giurisprudenziali milanesi.

4. SELEZIONE DELLE CONSEGUENZE IMPUTABILI AL MEDICO

Si pone, comunque un problema di selezione delle conseguenze che, sotto il profilo della causalità giuridica, sono imputabili, per il risarcimento del danno, al medico.

Può distinguersi:

1. danno iatrogeno concorrente rispetto alla preesistente lesione (il danno iatrogeno aggrava la medesima disfunzione preesistente);

2. danno iatrogeno che determina una lesione coesistente — indipendente rispetto alla invalidità preesistente (danno al sistema dentario in soggetto che ha pregressa zoppia).

Fermo restando il ricorso alle tabelle milanesi, il risarcimento deve essere in concreto determinato avuto riguardo alla verifica dell'influenza sulle condizioni di vita della parte lesa, che non possono essere preventivamente schematizzate, essendoci una esigenza fortissima di «personalizzazione».

In linea di massima può partirsi dalla determinazione di base delle tabelle milanesi, muovendosi in funzione di personalizzare il danno:

1.1. nel caso di lesioni concorrenti, ovvero, ancorché coesistenti, tali da determinare un progressivo deterioramento complessivo della qualità della vita, tale punto può essere aumentato ai fini di una effettiva rispondenza tra danno alla persona e risarcimento. L'aumento non è vincolato alla c.d. personalizzazione delle tabelle milanesi (sino al 50%), ma individua un altro fenomeno di adeguamento che può anche ben superare tale limite, in dipendenza della concreta verifica delle condizioni di vita residue per parte lesa;

2.1. nel caso di lesioni coesistenti indipendenti e non influenti reciprocamente, troverà applicazione il punto «base» a partire da 1%.

5. LIQUIDAZIONE DEL DANNO MORALE

Riguardo alla liquidazione del danno non patrimoniale avuto riguardo alla componente «morale», nelle micropermanenti non è necessariamente *in re ipsa*.

Vi sono, infatti, ipotesi in cui non è apprezzabile un danno inteso come sofferenza e dolore con coinvolgimento eventuale della prospettiva dinamico relazionale. Infatti vi è un dolore che è una modalità sensoriale di percezione/trasmissione di stimoli dolorosi e come tale rifluisce nel danno biologico (mal di denti da estrazione). L'ulteriore componente emotiva-stato psichico, che integra il danno morale, deve essere in qualche maniera allegata e descritta ed avere un minimo livello di rilevanza, e non risolversi in un mero fastidio.

Riguardo al limite dell'aumento di un quinto del punto base previsto dal Codice delle assicurazioni, emergono varie posizioni (e incertezze, tuttora, anche all'interno della Sezione Prima civile).

Una prima lettura interpretativa ha predicato la liquidazione del danno morale mediante personalizzazione del danno biologico, sfruttando l'incremento *ex lege* previsto nella misura massima di un quinto. Questa lettura ermeneutica ha trovato consenso nella giurisprudenza della Suprema Corte. Proprio nella decisione Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408, il Supremo Collegio ha affermato che «quante volte la lesione derivi dalla circolazione di veicoli a motore e di natanti, il danno non patrimoniale da micro-permanente non potrà che essere liquidato, per tutti i pregiudizi areddituali che derivino dalla lesione del diritto alla salute, entro i limiti stabiliti dalla legge mediante il rinvio al decreto annualmente emanato dal Ministro delle attività produttiva (ex art. 139, comma 5), salvo l'aumento da parte del giudice, "in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato" (art. 139, comma 3)».

Un indirizzo opposto afferma, invece, la liquidazione in via autonoma del danno morale. Questa giurisprudenza ha incontrato il favore di parte della giurisprudenza di merito (es. Trib. Milano, Sez. V civ., 19 febbraio 2009, n. 2334, giudice Spera: «il giudice deve muovere dal presupposto che, nei valori monetari disciplinati dall'art. 139 cod. ass., il legislatore non abbia affatto tenuto conto anche del danno conseguente alle sofferenze fisiche e

*psichiche patite dalla vittima»). Anche questa esegesi delle norme contenute nell'art. 139 cod. ass. trova riscontro nella non univoca giurisprudenza della Suprema Corte, prima nella pronuncia Cass. civ., Sez. III, 17 settembre 2010, n. 19816, e poi nella pronuncia Cass. civ., Sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585, in cui il Collegio muove dal presupposto che le norme di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. (d.lgs. n. 209/2005) non consentivano (ieri) né consentono (oggi) una lettura diversa da quella che predica la separazione tra i criteri di liquidazione del danno biologico in esse codificati e quelli funzionali al riconoscimento del danno morale: *in altri termini, la « non continenza », non soltanto ontologica, nel sintagma « danno biologico » anche del danno morale.**

