



Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione

LA NUOVA RESPONSABILITA' CIVILE MEDICA: ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI



DOTT. FRANCESCO TRIFONE

Relazione introduttiva del moderatore dott. Francesco Trifone, già Presidente del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, al Convegno svoltosi in Cassazione il giorno 9 maggio 2018 sul tema “La nuova responsabilità responsabilità civile medica: aspetti sostanziali e processuali”

La legge n. 24 del 2017 (cd. Gelli-Bianco) – della quale in questa sede gli illustri relatori tratteranno molti dei suoi più significativi aspetti innovativi in tema di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie – è nel dichiarato intento di stabilire criteri interpretativi ed applicativi certi ed univoci per garantire più allargata tutela al bene primario della salute.

La legge, a tal fine, sul piano del diritto sostanziale, ha, innanzitutto, dettato le nuove regole, che debbono sovrintendere alla responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata, e di coloro che in essa svolgono l'attività medica o ausiliaria.

La previsione espressa dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco è quella che - nel ribadire che la struttura sanitaria risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle condotte dolose o colpose poste in essere da essa medesima e dagli esercenti la professione sanitaria, di cui essa pure si avvale – stabilisce, invece, per gli esercenti la professione sanitaria, i quali non abbiano agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta direttamente con il paziente, che essi rispondono del loro operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile.

La qualificazione come “aquiliana” e non “contrattuale” della responsabilità medica di chi esercita in una struttura sanitaria è stata vista come il primo tentativo normativo per superare la categoria della cd. Responsabilità da contatto sociale, quale era stata elaborata dal diritto vivente da ben oltre un ventennio, dopo la prima affermazione della sentenza della Cassazione n. 2144 del 1988 cui era seguita la successiva pronuncia n. 589 del 1999, che, consolidando il principio in diffusa ed articolata motivazione, aveva riportato l'obbligazione nel novero del rapporto contrattuale di fatto, di chiara derivazione dalla dottrina tedesca risalente al giurista Haupt.

Si afferma oggi da parte di molti Autori che la legge Gelli-Bianco avrebbe consumato con successo il “definitivo assalto” alla cittadella della responsabilità da contatto sociale, obiettivo che la pregressa legge Balduzzi aveva fallito.

Da un lato, con implicito richiamo al famoso saggio del giurista Raoul Van Caenegem, è stato osservato che il legislatore aveva rimesso i panni di “autentico signore del diritto”, da tempo appannaggio di una giurisprudenza assorta al rango anche di fonte del diritto, cui si sarebbe posto fine col definire espressamente “norma imperativa” anche quella (art. 7, 5° comma, della legge n. 24 del 2017) che esclude, per il personale sanitario della struttura, la configurabilità della responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Per altro verso, sul piano del metodo o della tecnica legislativa, si è qualificato “come a dir poco anomala” la scelta di qualificare come extracontrattuale la responsabilità del medico operante in seno alla struttura, dato che non spetta al legislatore la definizione della concreta fattispecie, che compete, invece, al giudice interpretare.

Si aggiunge, poi, che al superamento dell'indirizzo giurisprudenziale circa la responsabilità da contatto sociale meglio si sarebbe potuto pervenire introducendo una disciplina di diritto speciale della responsabilità del medico, connotata da peculiari regole in tema, ad esempio, di riparto dell'onere della prova, di durata del periodo della prescrizione, di ambito del danno risarcibile; il tutto in ipotesi modellate su quelle proprie della responsabilità aquiliana.

Si dice, perciò, che la tecnica legislativa adottata appare come una modalità inappropriata al fine di stabilire "la fine dell'impero del diritto giurisprudenziale ed il ritorno alla disciplina positiva".

Si tende a negare che, nel qualificare esso stesso il tipo di responsabilità del medico nella struttura, il legislatore abbia voluto una sorta di interpretazione autentica.

Non sembra escludersi che l'inedita scelta del legislatore possa accreditare interpretazioni di segno contrario.

Ci si interroga se, nel silenzio della legge e laddove non possa configurarsi la pretesa interpretazione autentica, l'assenza di disciplina transitoria consenta di definire le controversie in corso al di fuori di ogni effetto retroattivo dell'articolo 7 della legge ed a protezione del ragionevole affidamento del danneggiato sul contenuto del diritto vivente al momento dell'introduzione della lite.

In questo complesso quadro di riferimento, in quella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito, in cui si colloca la responsabilità del medico a seconda che la sua obbligazione derivi da espressa convenzione pattizia avente ad oggetto la prestazione professionale ovvero che questa sia fornita nell'ambito della struttura sanitaria, ascolteremo con estremo interesse la relazione introduttiva del Prof. Salvatore Patti nella difficile soluzione che sarà data al quesito postogli e per tutte le utili e preziose indicazioni che potranno venirne sulle questioni evidenziate e sulle molte altre emergende.

Il fatto che, in virtù della nuova legge, dalla medesima condotta produttiva di unico danno risarcibile il legislatore abbia inteso stabilire che il medico risponde, a titolo alternativa, per inadempimento da contratto ovvero per violazione del generale principio del *neminem laedere*, costituisce circostanza che deve indurre a ripensare in termini di necessaria unitarietà il tema del nesso causale e dell'onere della prova.

Sull'argomento interverrà la Prof. Gina Gioia, che potrà dirci se la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 577 del 2008, laddove essa portava ad affermare che nella responsabilità contrattuale il debitore aveva anche l'onere di dimostrare l'assenza del nesso causale tra la sua condotta ed il danno, possa ancora resistere all'orientamento più di recente manifestato dalle due sentenze della terza sezione civile n. 18392 e n. 26824 del 2017, le quali, pur nel dichiarato rispetto del pregresso indirizzo, distinguendo tra causalità materiale e causalità giuridica, sono chiaramente indirizzate a ristabilire la regola a tenore della quale incombe sempre sull'attore danneggiato l'onere della prova del rapporto causale.

È lecito, perciò, l'interrogativo se la regola del "più probabile che non" possa essere ancora predicabile ovvero se sia iniziata una manovra di "indietro tutta" secondo quanto già prospettato in dottrina secondo i Professori Pardolesi e Simone.

Altro aspetto rilevante della legge Gelli-Bianco è la introduzione nel nostro sistema di una ulteriore ed importante ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile verso terzi delle strutture sanitarie pubbliche e private nonché di ciascun esercente la professione sanitaria che operi in regime di libera professione oppure in qualità di dipendente delle suddette strutture.

L'articolo 11 della legge impone che la garanzia assicurativa debba coprire anche gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto purchè essi siano denunciati all'assicuratore durante la vigenza temporale della polizza.

La norma prevede, altresì, l'ultrattività della garanzia per i dieci anni successivi alla cessazione per qualsiasi causa dell'attività professionale.

L'assunzione del rischio putativo, secondo il modello delle clausole cd. *claims made* elaborato nella pratica commerciale di altri ordinamenti, assurge, così, alla tipicità normativa anche del nostro sistema, in conformità alla fattispecie delle clausole cd. *pure* e la definizione legislativa sembra togliere ormai, sul piano dogmatico, interesse alla indagine sulla loro meritevolezza, nel senso esposto dalla recente ordinanza della terza sezione civile della Cassazione n. 1465 del 2018 di immeritevolezza della tutela nel caso in cui la copertura assicurativa sia stata esclusa per il fatto che la pretesa risarcitoria indirizzata all'assicurato dal terzo fuori si stata avanzata al di fuori dalla vigenza della polizza, ipotesi questa quasi sempre destinata a ricorrere per i danni cd. lungolatenti.

Molte sono le disposizioni processuali della legge Gelli-Bianco.

L'azione diretta del danneggiato nei confronti delle imprese di assicurazione, che hanno prestato la garanzia, riconferma la funzione sociale assegnata allo strumento assicurativo ed allarga l'area della socializzazione del rischio, sostanzialmente secondo il paradigma di riferimento proprio dell'assicurazione r.c.a. e di quella per l'esercizio dell'attività venatoria.

Per tutte le controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria le novità della legge, tra l'altro, riguardano:

- a) Il tendenziale assoggettamento al rito sommario di cognizione dell'articolo 702 *bis* del codice di procedura civile;
- b) la condizione di procedibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione, realizzabile soltanto mediante l'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliative dell'articolo 696 *bis* del codice di rito ovvero con il diverso generale strumento deflattivo della mediazione;
- c) l'obbligatoria partecipazione alla consulenza tecnica preventiva di tutte le parti, che hanno l'obbligo di precisare l'offerta risarcitoria ovvero di giustificare l'omessa indicazione al riguardo;
- d) le conseguenze che sono connesse alla mancata suddetta partecipazione in tema di spese e di condanna a pena pecuniaria.

Del tentativo obbligatorio di conciliazione, ulteriore ed ammissibile ipotesi di giurisdizione condizionata, tratterà il Prof. Mauro Bove; il tema della consulenza tecnica preventiva e dei rapporti del relativo procedimento con la fase a cognizione piena è affidato al Prof. Giuseppe Olivieri.

I due illustri processualisti esporranno anche tutte le considerazioni critiche sulla organizzazione della pregiudiziale conciliativa quanto al potere del giudice di disporre in causa nuova consulenza; alla idoneità o meno del rito sommario in ipotesi di processi cumulati complessi; ai dubbi di costituzionalità per le conseguenze discendenti dall'obbligo di partecipazione al tentativo di conciliazione.

All'azione diretta contro l'assicuratore dedicherà la sua attenzione il consigliere della terza sezione civile della Cassazione Marco Dell'Utri, che illustrerà anche i profili innovativi della legge sul diritto di rivalsa esercitabile dalla struttura sanitaria nei confronti del medico dipendente o convenzionato.

Nella indispensabile alleanza terapeutica generata dal contatto sociale tra medico e paziente, la disciplina della legge n. 219 del 2017 sul consenso informato costituisce il completamento necessario della legge Gelli-Bianco.

L'argomento, perciò, sarà oggetto, infine, della relazione del Prof. Dario Farace, dal quale, con interessata curiosità, attendo di conoscere in quale misura il legislatore abbia recepito l'elaborazione giurisprudenziale propria della terza sezione civile di questa Corte Suprema.

A tutti auguro un buon lavoro.