

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

GIULIO PONZANELLI

*L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni
alla responsabilità medica: problemi e prospettive*

CEDAM

L'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 138 E 139 CODICE DELLE ASSICURAZIONI ALLA RESPONSABILITÀ MEDICA: PROBLEMI E PROSPETTIVE

di GIULIO PONZANELLI

SOMMARIO: 1. Il legislatore che determina il risarcimento del danno: le ragioni dell'intervento legislativo. – 2. Il caso della r.c. auto. – 3. Le questioni di costituzionalità dell'art. 139 cod. ass. – 4. Il settore della responsabilità medica comparato con la r.c. auto. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. IL LEGISLATORE CHE DETERMINA IL RISARCIMENTO DEL DANNO: LE RAGIONI DELL'INTERVENTO LEGISLATIVO. Il legislatore si è quasi sempre disinteressato della specifica determinazione del danno: ha delegato questo compito al giudice, fissando solo i criteri generali da seguire per misurare in concreto l'ammontare (artt. 1223, 1225, 1226 e 1227 cod. civ.). Troppo diverse sono, infatti, le singole situazioni dannose, così che sarebbe quasi innaturale pretendere di stimare *ex ante*, con caratteristiche di generalità, la precisa entità dei danni subiti.

Alcune volte, però, il legislatore è intervenuto per rispettare impegni internazionali (leggi: Convenzioni) ove in determinati settori, per la presenza di chiari interessi pubblici, era stata predeterminata la responsabilità del debitore (soprattutto il vettore, sia nel trasporto di persone sia nel trasporto di cose). E lo stesso ha

Queste pagine riproducono, con l'ausilio di note essenziali, l'intervento tenuto a Roma il 23.11.2012 in occasione dell'incontro di studio organizzato dall'Associazione Melchiorre Gioia sul tema «*Le nuove frontiere della medicina legale e del diritto*» e a Milano il 12.12.2012 all'incontro di studio organizzato da Medicina e Diritto su «*Legge Balduzzi: cosa cambia nella valutazione della colpa medica e nella sua tutela assicurativa*».

fatto anche in assenza di vincoli internazionali (ancora una volta il riferimento è al contratto di trasporto).

Al di là di questi casi, se il legislatore interviene nella concreta determinazione del danno, ciò indica che qualcosa non sta proprio andando bene nel territorio della responsabilità civile: che, cioè, il compito, lasciato in prima battuta al giudice, non è stato assolto con successo. Potrebbe, infatti, essersi verificata una delle possibili patologie che, alterandone il normale meccanismo, allontanano il risarcimento dal principio generale di integrale riparazione del danno. In particolare, una situazione di eccessivo risarcimento normalmente genera una situazione di «*overdeterrence*» (che, in generale, può anche essere determinata da altre ragioni): la concessione di un danno eccessivo a favore della parte danneggiata può specularmente determinare addirittura una paralisi e/o una cessazione dell'attività del danneggiante. Piuttosto che far fronte a risarcimenti potenzialmente eccessivi, il danneggiante può supporre che sia preferibile uscire dal mercato, cessando l'attività antiggiuridica oppure, tutt'al più, ponendo in essere un'attività non rischiosa o che comunque limiti fortemente i rischi (nel caso della responsabilità medica si parla, a questo proposito, di c.d. «*medicina difensiva*»).

Sia l'eccesso di risarcimento sia l'eccesso di *deterrence* non sono eventi positivi. Ed ecco che allora il legislatore interviene. Ciò è successo, in un primo tempo, nel 2001, nel settore della circolazione auto, disciplina poi recepita dal Codice delle Assicurazioni del 2005; e, più recentemente, nel 2012, tramite la l. 8.11.2012, n. 189 (che ha convertito in legge il d.l. 13.9.2012, n. 158), denominata comunemente

come legge c.d. Balduzzi, con l'estensione all'esercente la professione sanitaria degli stessi criteri del settore della r.c. auto.

Le limitazioni legislative non sono mai molto piaciute alle Corti. Nel bene e nel male, nel campo della responsabilità civile, i giudici si sono mostrati ostili, poiché di fatto veniva limitato e alterato quel potere equitativo, a loro istituzionalmente riservato, che a fatica tollera gabbie rigide e non superabili predeterminazioni.

Esaminiamo, comunque, distintamente i due settori.

2. IL CASO DELLA R.C. AUTO. Soprattutto per quanto concerne il danno alla persona, il settore della r.c. auto ha conosciuto, alla fine del secolo scorso e all'inizio del presente, una situazione assai critica, in grado di minacciare la stessa sopravvivenza delle imprese di assicurazione. In modo particolare, sono state le lesioni lievi quelle sulle quali più pesanti si sono appuntati gli interrogativi (vertenti soprattutto sull'idoneità a integrare gli estremi di un danno vero e proprio). Tali lesioni costituivano (e ancora costituiscono) la parte più rilevante di quel che l'intero comparto assicurativo risarcisce a titolo di danno alla persona. Invece di incidere sulla morfologia delle lesioni lievi (come è stato poi fatto con la l. 24.3.2012, n. 27: possono essere risarcite come micropermanenti solo quelle lesioni che possono essere riconosciute come tali dopo un esame medico obiettivo e strumentale)⁽¹⁾, il legislatore del 2001 ha introdotto criteri fissi di determinazione del danno *ex ante*, non dicendo nulla sul danno morale e prevedendo poi una personalizzazione nel limitato valore del 20 per cento.

L'interpretazione di questa norma ha dato del filo da torcere ai nostri giudici, che, in questi dieci anni, hanno cercato, sia pure per tramite di strade diverse, di attuare la portata li-

⁽¹⁾ Sulle novità introdotte dall'art. 32 del decreto Salva Italia (d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito con l. 22.12.2011, n. 214), che è poi diventato l'art. 139 *quater* e *quinquies* cod. ass., cfr. HAZAN, «Liberalizzazioni obbligatorie ed assicurazioni RCA: autonomie strutturali di una forma empirica», in *Corr. giur.*, 2012 (*Gli speciali*), 5 ss.

mitante del risarcimento⁽²⁾. Ritenendo che tale norma eludesse il principio di integrale riparazione del danno, essi hanno, ad esempio, più volte sollecitato la Corte costituzionale (cfr. *infra*, sub 3). Tra gli stessi giudici di Cassazione, addirittura, è ancora assai controverso se il limite risarcitorio escluda o meno la rilevanza del danno morale, e dunque di quei pregiudizi cioè che non incidono sulla salute del danneggiato, ma che determinano una sofferenza soggettiva non riconducibile ad una lesione dell'integrità psicofisica.

Allo stesso modo, nonostante l'intervento apparentemente chiarificatore della Cassazione⁽³⁾, resta ancora da precisare se i criteri previsti nel Codice delle Assicurazioni possano applicarsi ad altri settori.

3. LE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 139 COD. ASS. Nasce, quindi, una sorta di microconflitto istituzionale: il legislatore interviene, le Corti, anche se non tutte, si dichiarano ostili e optano per interpretazioni volte a superare i limiti della norma. In alcuni casi, come si è anticipato, si sceglie la strada della censura in termini d'incostituzionalità.

Sin dal momento dell'entrata in vigore della legge 5.3.2001, n. 57, sono stati i giudici di pace, autonomamente o imbeccati da qualche associazione di consumatori, a sollevare più volte la questione di costituzionalità dell'art. 139 cod. ass., in quanto contrario al generale principio di uguaglianza (non si può ammettere, infatti, che allo stesso tipo di lesioni sia attribuito un diverso risarcimento. Tante sono state le rimessioni⁽⁴⁾, ma la Corte cost., forte dei limiti

⁽²⁾ Cfr. per una messa a punto SPERA, *Art. 32, commi 3 ter e 3 quater, della l. 27/2012: problematiche interpretative*, in *Danno e resp.*, 2013, 216 ss.

⁽³⁾ Il riferimento è a CASS., 7.6.2011, n. 12408, *ivi*, 2011, 939, con commenti di HAZAN e PONZANELLI, *Le tabelle milanesi e la supplenza giudiziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2025, con commento di ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione della salute*, e in questa *Rivista*, 2011, I, 1058, con commento di SGANGA, *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra jus dicere e jus dare*.

⁽⁴⁾ Cfr. per la prima volta GIUD. PACE ROMA, 14.1.2001, in *Danno e resp.*, 2002, 309, con mio

strutturali presenti nelle singole ordinanze, non ha fin qui affrontato il merito della questione, fermandosi ad un giudizio di inammissibilità.

Oggi le ordinanze di rimessione sono addirittura tre: oltre a quella (largamente attesa) del Giudice di pace di Torino ⁽⁵⁾, dopo l'intervento interlocutorio nell'aprile 2011 ⁽⁶⁾, ne sono state depositate altre due, non più da parte di giudici di pace, ma da parte di giudici togati (che hanno avuto anche il merito di allargare la questione ad una prospettiva di diritto comunitario).

Più complete e motivate rispetto al contenuto dell'ordinanza torinese, le due ordinanze di Tivoli e di Brindisi sono contraddistinte da una precisa e omogenea identità culturale: da una parte, l'insofferenza, se non una vera e propria ostilità, verso qualsiasi limitazione al risarcimento in sede legislativa; dall'altra, una mancata percezione delle caratteristiche specifiche del sistema della responsabilità derivante dalla circolazione auto che sempre più si appalesa, invece, come un settore a parte nell'ampio universo della responsabilità civile.

Non solo: il principio di uguaglianza, per il quale non potrebbe avere una giustificazione costituzionale una differenza di risarcimento a parità di lesioni, in una con la valorizzazione della funzione riparatoria della responsabilità civile, induce i due giudici, laziale e pugliese, a sollevare la questione di costituzionalità (per i limiti contenuti nell'art. 139 cod. ass.), collocando così la questione in uno scenario di diritto comunitario, ove il valore dell'integralità del risarcimento è affermato anche sotto la specie della violazione della dignità umana. In particolare, è censurato il ridotto potere equitativo, nei limiti del venti per cento, e la difficoltà/impossibilità per il giudice che accerti le micropermanenti di liquidare il danno morale a favore del danneggiato ⁽⁷⁾.

commento, *Micropermanenti*, «undercompensation» e censure di incostituzionalità.

⁽⁵⁾ GIUD. PACE TORINO, 21.10.2011, *ivi*, 2012, 439, con mio commento, *L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte*.

⁽⁶⁾ Cfr. CORTE COST., 27.4.2011, n. 157, in *Foro it.*, 2011, I, 1961.

⁽⁷⁾ Cfr. SPERA, *op. cit.*, 216 ss.

Non si analizza, invece, quel che avrebbe dovuto essere preliminarmente approfondito: la sussistenza di un diritto costituzionale all'integrale riparazione del danno, dando quasi per scontato che le limitazioni previste siano di per sé non permesse dalla nostra carta costituzionale; non considerando cioè la specificità del sistema della r.c. auto ove vige, da una parte, un doppio obbligo di assicurazione (a carico del proprietario dell'autoveicolo, ma anche dell'impresa di assicurazione), e, dall'altra, un sistema di premi assicurativi controllato: l'interesse del danneggiato al risarcimento integrale non deve farci dimenticare, infatti, l'interesse dello stesso al contenimento del livello dei premi.

Entrambi i profili non possono che incidere sul livello del risarcimento, legittimandone una riduzione alla luce degli interessi presenti.

Non dovrebbe essere sufficiente, infatti, allegare la sola violazione del principio di uguaglianza; è necessario individuare un diritto lesivo avente natura costituzionale; e controllare, inoltre, in quale misura la sua lesione sia inaccettabile anche alla luce della discrezionalità legislativa che è propria di questa materia.

Questi, in breve, i punti sui quali la Corte cost. sarà chiamata a rispondere:

a) se il diritto all'integrale riparazione del danno alla persona abbia o meno natura costituzionale. In altre occasioni, la Corte lo ha escluso e questa opinione dovrebbe essere confermata;

b) se ciò comporti che il legislatore possa legittimamente limitare il risarcimento, potendo consentire, però, che quanto riconosciuto sia un risarcimento ridotto e non un indennizzo simbolico;

c) quale sia allora la misura concreta del risarcimento ridotto, rispetto agli altri settori della responsabilità civile; e se tale riduzione possa essere giudicata o meno lesiva del principio di uguaglianza. Una riduzione del risarcimento non è quindi costituzionalmente sospetta: i dubbi e le perplessità verteranno, come d'altra parte avvenne nel *leading case* deciso nel 1985 (decisione La Pergola in tema di limitazioni al risarcimento nel contratto di trasporto aereo di persone), sulla misura concreta della stessa.

L'indicazione che la Corte vorrà offrirci al ri-

guardo, sarà assai importante anche per permettere di definire, con maggiore grado di certezza, le caratteristiche della Tabella unica nazionale per le lesioni di non lieve entità (di cui all'art. 138 cod. ass.).

4. IL SETTORE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA COMPARATO CON LA R.C. AUTO. La soluzione risarcitoria indicata negli artt. 138 e 139 viene ora estesa ai danni provocati dall'esercente professione sanitaria (cfr. art. 3 l. 8.11.2012, n. 189). Inserito all'interno di una microriforma della responsabilità sanitaria, il provvedimento indica la precisa volontà del legislatore del 2012 di portare fuori dall'ordinaria applicazione delle tabelle giudiziali la seconda area di maggiore frequenza di danni alla persona (dopo la r.c. auto e non volendo qui considerare il settore degli infortuni sul lavoro per il quale vige un sistema indennitario, esterno alla logica della responsabilità civile).

Si è voluto, quindi, limitare il risarcimento dovuto dall'esercente sanitario, nello stesso modo e negli stessi termini con cui si era voluto limitare il risarcimento dovuto dall'impresa di assicurazione esposta all'azione diretta del danneggiato e obbligata *ex lege* a prestare la propria garanzia.

E ciò pone all'interprete non facili problemi.

Si tratta, infatti, di verificare se per il settore sanitario possano valere quelle ragioni per le quali nella r.c. auto il legislatore nel 2001 ha introdotto le limitazioni al risarcimento, oppure se la limitazione operata con il rinvio alla norma del cod. ass. trovi il suo presupposto unicamente nell'eccessiva pressione risarcitoria negli ultimi anni esercitata nei confronti della classe medica: il che avrebbe suggerito al legislatore di fissare discrezionalmente un limite al risarcimento.

In un sistema di assicurazione della r.c., nel quale l'obbligatorietà è bilaterale (obbligati, cioè, sono sia l'impresa sia il proprietario dell'autoveicolo), l'assicurazione provvede al pagamento dei sinistri finanziandosi con il sistema dei premi. Più alto è il risarcimento, più alti saranno inesorabilmente i premi. E questa osservazione, banale e elementare, dovrebbe forse aiutare a far capire a tanti settori della c.d. cultura giuridica italiana che il risarcimento accordato alla vittima di qualsiasi fatto illecito (e

in modo particolare dei fatti illeciti per i quali il sistema prevede un meccanismo di assicurazione obbligatoria) costituisca a tutti gli effetti un vero e proprio costo sociale (insomma, un *social cost*), che supera la semplice bilateralità della relazione danneggiante/danneggiato.

In altri termini, la limitazione del risarcimento aiuta sì, in prima battuta, le imprese di assicurazione (che a fine del secolo scorso si lamentavano che il settore r.c. auto fosse in rosso, e, proprio in virtù dell'assicurazione obbligatoria e del sistema di controllo dei premi, chiedevano una rilevante limitazione del risarcimento), ma anche dovrebbe aiutare gli stessi assicurati i quali dovrebbero vedere ridotto, o comunque non aumentato, il costo del premio assicurativo.

La limitazione, dunque, è stata introdotta proprio con lo specifico obiettivo di calmierare il risarcimento, ma anche, al tempo stesso, di tenere bassi i premi assicurativi e di permettere conseguentemente a tutti, soprattutto ai titolari dei redditi più bassi, di poter usufruire del bene-auto.

Il sistema della r.c. auto riguardava, e tuttora riguarda, anche le lesioni di non lieve entità (le cc.dd. macropermanenti) nelle quali il bene salute è rimasto più offeso.

Le ragioni alla base della limitazione si ripropongono anche in questo specifico settore, ma inevitabilmente devono misurarsi con le esigenze altrettanto meritevoli di tutela della salute del macro lesso.

Sta di fatto che, ad oggi, dopo più di sei anni dall'entrata in vigore del Codice delle Assicurazioni, il legislatore non è stato ancora capace di approntare la Tabella unica nazionale presa in considerazione dall'art. 138 e quindi, sia nel settore della r.c. auto sia da quello della responsabilità medica, continueranno ad essere applicate le generali tabelle adottate a livello giudiziale.

Il richiamo operato dalla legge c.d. Balduzzi alla responsabilità civile auto riguarda, oggi, quindi, il solo settore delle lesioni di lieve entità.

Una volta chiarite le ragioni alla base della limitazione prevista per la responsabilità civile auto, si tratta di verificare se esse possano valere anche nel diverso campo della responsabilità medica. E la risposta è assai dubbia. L'obbligo

assicurativo non è, infatti, bilaterale, essendo stato posto a carico del solo esercente la professione sanitaria, e non certo a carico del paziente⁽⁸⁾.

L'automobilista è obbligato ad assicurarsi non solo per veder garantito nel modo più efficace il diritto al risarcimento, ma anche perché oggettivamente la circolazione automobilistica è in generale attività rischiosa e chi la pratica assume uno specifico rischio, rinunciando in tal modo ad una parte del normale risarcimento (preziosi elementi possono ricavarsi dall'attività sportiva).

Strutturalmente diversa è, invece, la posizione del paziente, il quale, se si assicura, non lo fa certo per i rischi che la sua condotta possa arrecare a terzi, come l'automobilista, ma, casomai, porrà in essere un'assicurazione per le spese mediche e per gli infortuni (nel linguaggio anglosassone, una *first party insurance* e non una *third party insurance*).

Il beneficio nascente dalla limitazione del risarcimento (si ripete: beneficio solo parziale, poiché concerne solamente le lievi lesioni) si riferisce esclusivamente all'esercente la responsabilità sanitaria, il cui assicuratore dovrebbe ridurre, sia pure parzialmente, i premi per il ridotto rischio assicurato. I premi potranno, però, scendere solo impercettibilmente, visto che la parte più significativa del valore economico del premio è costituita dalle lesioni non lievi. E molto spesso in tale ipotesi, proprio per i rischi minori, viene pattuita una franchigia, visto che l'esercente la professione sanitaria, come ogni professionista, è più interessato a vedersi protetto in relazione alle lesioni più gravi. Il paziente viene, casomai, tutelato, ma questo è profilo diverso, dall'obbligatorietà dell'assicurazione che lo protegge dal rischio di insolvenza del danneggiante-professionista.

Non sembrano, quindi, presenti almeno nella loro completezza tutte le ragioni che giustificano la limitazione della responsabilità, almeno sotto il profilo dell'obbligo ad assicurarsi e al funzionamento della garanzia assicurativa.

Rimane il dato che è connesso alla discrezionalità legislativa.

Di fronte alla crescita della pressione risarcitoria sulla classe medica (dovuta all'interpretazione dichiaratamente funzionale di alcune norme: *in primis* il nesso di causalità, legato al criterio del «più probabile che non», ma anche all'onere della prova e alla decorrenza del termine prescrizione), il legislatore ha voluto aiutare la classe medica.

È stata esclusa, infatti, la responsabilità penale quando siano state seguite e rispettate le linee guida esistenti nei diversi settori della professione medica⁽⁹⁾. Inoltre, si è rinviato alle due norme del Codice delle Assicurazioni che fissano criteri per la determinazione del danno: criteri inferiori a quelli comunemente applicati nelle altre aree della responsabilità civile.

Da anni, anche nel campo della responsabilità medica, un intervento riformatore era atteso ma si poteva ragionevolmente prevedere che esso sarebbe stato attuato con altri canoni e in una prospettiva più generale, coinvolgendo anche i profili collegati all'organizzazione della struttura sanitaria.

5. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Accomunate quasi sempre nell'analisi dei *tortmen* di tutto il mondo, per la loro maggiore frequenza rispetto alle altre ipotesi di r.c. ordinaria, come si è vista, la r.c. auto e la responsabilità sanitaria presentano aspetti diversi nei loro rapporti reciproci con il meccanismo assicurativo.

Nel campo della circolazione dei veicoli, proprio per le caratteristiche specifiche del microsistema di responsabilità, il principio di integrale riparazione del danno può essere limitato; e pare ragionevole che tale limitazione, rispetto al risarcimento assicurato in via pretoria, superi le censure di incostituzionalità tante volte già sollevate.

L'estensione degli artt. 138 e 139 cod. ass. alla responsabilità sanitaria non pare avere quella forte razionalità (economica ancor prima che giuridica) la quale è presente nella r.c. auto.

(8) Obbligo sancito dal d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con l. 14.9.2011, n. 148.

(9) Per alcune prime considerazioni sulla riforma introdotta dalla legge Balduzzi, cfr. MARTINI-GENOVESE, *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Maggioli, 2012.

Ciò non significa che il legislatore poteva introdurre criteri predeterminati, anche se l'intervento ultimo ha di fatto favorito soprattutto il medico (e la sua ricerca di una migliore garanzia assicurativa) che non il paziente.

La limitazione delle responsabilità cui è assoggettato il medico potrebbe generare effetti positivi anche per il paziente, visto che il medico, non più spaventato dall'applicazione dell'ordinario risarcimento, dovrebbe poter usare condotte che non sono di medicina difensiva.

Al di là della persistente e grave non applicazione dell'art. 138 cod. ass., che rappresenta il vero nodo irrisolto di tutto il sistema, pare che il legislatore abbia voluto frenare la corsa verso il riconoscimento di una pluralità di statuti risarcitori.

La tendenza è, chiaramente, di assoggettare tutte le lesioni lievi allo stesso trattamento, indipendentemente dalla fonte dalla quale sono originate, fatta eccezione per le ipotesi di responsabilità civile ordinaria, governate, queste, dalle tabelle elaborate dalle Corti e che si presentano più generose per la parte danneggiata.

È auspicabile, però, che la tensione percepibile tra Legislatore e Corti si ricomponga e che il livello di risarcimento esistente in un determinato momento storico sia sempre più condiviso, anche per la natura di *social cost* presentata dal risarcimento. E non credo giusto ed opportuno che possa esistere un monopolio delle Corti, sia a livello di soggetto decisore sia per quanto riguarda stabilire il giusto risarcimento.