

LEGGE GELLI – IRRETROATTIVITA'

1. La questione della applicazione retroattiva della legge 24/2017 ai processi in corso, ed iniziati in epoca precedente al primo aprile 2017 (ma anteriore altresì al primo gennaio 2013, stante quanto affermato da questa stessa Corte nell'interpretazione della legge 189/2012, cd. "legge Balduzzi", che aveva a sua volta qualificato in termini di extracontrattualità la responsabilità del medico strutturato) è stata affrontata e variamente risolto da alcune sentenze di merito.
2. In favore della retroattività della normativa si è espresso il Tribunale di Milano, con la sentenza 11.12.2018 n. 12472, mentre, nell'opposto senso della irretroattività della norma di cui all'art. 7 si sono espresse il Tribunale di Avellino con la sentenza 1806 del 2017 e il Tribunale di Roma, con la sentenza 18685/2017.
3. E' convincimento di questa Corte che meriti accoglimento il secondo degli indirizzi interpretativi sopra riportati.
4. Va premesso come la questione della applicazione retroattiva della legge 24/2017 ai processi in corso, ed iniziati in epoca precedente al primo aprile 2017 (ma anteriore altresì al primo gennaio 2013, stante quanto affermato da questa stessa Corte nell'interpretazione della legge 189/2012, cd. "legge Balduzzi", che aveva a sua volta qualificato in termini di extracontrattualità la responsabilità del medico strutturato), non possa essere esaminata unitariamente, in quanto occorre distinguere tra disposizioni che effettivamente pongono una questione di rapporto diacronico tra fonti (e, segnatamente, di successione di leggi nel tempo e di natura dell'intervento legislativo) e disposizioni che si collocano su un piano diverso.
5. Questo diverso piano riguarda, in particolare, i commi da 1 a 3 (prima parte) dell'art. 7, che qualificano la natura della responsabilità civile della struttura sanitaria e di coloro dei quali la struttura stessa si avvale nell'adempimento della propria obbligazione (ossia del personale sanitario).
6. I commi 1 e 2 riconducono la responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica e privata (anche nel caso di prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina) nell'alveo della responsabilità contrattuale, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.
7. Il comma 3, prima parte, qualifica in termini di responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., la responsabilità

dell'esercente la professione sanitaria di cui ai precedenti commi 1 e 2 (ossia dei sanitari di cui si avvale la struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica e privata), "salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente"; sicché il sanitario risponde, in quest'ultimo caso, a titolo di responsabilità contrattuale.

8. La legge n. 24 del 2017 ha, quindi, operato in via immediata e diretta la qualificazione giuridica dei rapporti inerenti ai titoli di responsabilità civile riguardanti la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria, per un verso (quello concernente la struttura) recuperando l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza consolidatasi nel tempo, per altro verso (quello del sanitario operante nell'ambito della struttura, salvo l'ipotesi residuale dell'obbligazione assunta contrattualmente da quest'ultimo), discostandosi nettamente dal "diritto vivente", che, a far data dal 1999 (Cass. n. 589/1999), aveva qualificato come di natura contrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, facendo leva sulla teorica del cd. "contatto sociale".
9. Tale operazione il legislatore ha compiuto in base alle disposizioni del codice civile, senza che, dunque, vi sia stata alcuna successione di leggi nel tempo che abbiano dettato, tra loro, una disciplina sostanziale (almeno in parte) differente.
10. Un siffatto rapporto successorio - e, in ogni caso, ogni altro rapporto tra fonti aventi valore e forza di legge - è, del resto, da escludere che possa essersi istituito con riguardo all'interpretazione consolidata della Corte di cassazione in materia, poiché deve ritenersi *jus receptum* (tra le altre, Cass., S.U., n. 15144/2011, Cass. n. 174/2015, Cass., S.U., n. 27775/2018, Cass., S.U., n. 4135/2019) il principio secondo il quale il valore e la forza del "diritto vivente", quand'anche proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale, è meramente dichiarativo e non si colloca sullo stesso piano della cogenza che esprime la fonte legale (in tal senso la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 230 del 2012), alla quale il giudice è soggetto (art. 101 Cost.), tant'è che lo stesso mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, né è assimilabile allo *ius superveniens*.
11. Non si pone, pertanto, nella specie, una problematica affine a quella della successione di leggi nel tempo, perché non vi è una successione di discipline normative diverse dettate dal legislatore (venendo in rilievo sempre e comunque la medesima disciplina di ordine legale, ossia quella recata dal codice civile in tema di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale); né - come detto - è possibile configurare

un siffatto rapporto diacronico tra il "diritto vivente" e l'intervento legislativo.

12. Il fenomeno che, nel caso in esame, si è verificato è, dunque, quello della qualificazione, da parte del legislatore, di una classe di fatti e della loro sussunzione in una fattispecie legale, già presente nell'ordinamento. Non, quindi, la creazione di una fattispecie legale astratta (nel nostro caso, come detto, già declinata dal codice civile) cui ricondurre, da parte del giudice, nell'esercizio del potere giurisdizionale suo proprio, i fatti, onde operarne la conseguente qualificazione.

13. Un siffatto *modus operandi* da parte del legislatore implica la necessità di un'*actio finium regondorum* rispetto all'analogo potere qualificatorio che spetta al giudice, e che rientra nell'alveo della riserva di giurisdizione costituzionalmente garantita (artt. 101 e 104 Cost.), ossia quella che include anche il potere di interpretare autonomamente non già le disposizioni di legge, ma gli stessi fatti rilevanti per la qualificazione del rapporto giuridico (latamente inteso).

14. La stessa giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 76 del 2015, n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994; meno di recente, Corte cost. n. 51 del 1967), seppure in una materia particolare, assistita da garanzie puntuali e diversificate, come quella del lavoro e della previdenza sociale, ha affermato che la qualificazione normativa di un rapporto lavorativo non può snaturarne l'oggettività ove, tramite questa operazione, si determini l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato.

15. Anc ora, la stessa Corte costituzionale si è chiaramente pronunciata in materia di limiti imposti al legislatore ordinario nell'emanare leggi retroattive, pur adottando, fin dal suo esordio, un atteggiamento possibilista nei riguardi delle leggi retroattive, rimettendo l'osservanza del tradizionale principio dell'irretroattività alla prudente valutazione del legislatore, "*il quale peraltro – salvo estrema necessità – dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile*" (Corte cost. n. 118/1957).

16. Que sto orientamento si è nel tempo consolidato attraverso l'affermazione del principio che segue: "*al di fuori della materia penale (dove il divieto di retroattività della legge è*

stato elevato a dignità costituzionale dall'art. 25 Cost.), l'emanazione di leggi con efficacia retroattiva da parte del legislatore incontra una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, tra l'altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (Corte cost. n. 69/2014, n. 308/2013, n. 257/2011, n. 74/2008).

17.

A

sua volta, questa Corte ha da tempo chiarito che "il principio della irretroattività della legge comporta che la nuova norma non possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso, sicché la disciplina sopravvenuta è invece applicabile ai fatti, agli "status" e alle situazioni esistenti o venute in essere alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai nuovi fini, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi dal collegamento con il fatto che li ha generati" (ex multis, Cass. n. 16039/2016 e Cass. SU, n. 2926/1967; implicitamente nel senso dell'irretroattività della novella, di recente, Cass. 26517/2017).

18.

Anal

oga efficacia paradigmatica sembra rivestire la pronuncia della Corte EDU del 6 ottobre 2005, resa con riguardo ad una questione assimilabile a quella della retroattività della legge 24. Nel caso di specie, dopo l'approvazione della *Loi Kouchner* in tema di irrisarcibilità del danno subito iure proprio dal nato malformato, avente dichiarato effetto retroattivo, i cittadini francesi che al momento dell'entrata in vigore della legge avevano una causa pendente, avevano adito la Corte Europea dei diritti dell'uomo lamentando che la limitazione ai risarcimenti imposta da tale novella legislativa violasse l'art. 1 del Protocollo n. 1 della C.e.d.u. Per la Corte europea, la nuova legge, che aveva escluso e limitato la risarcibilità di alcune voci di danno, aveva privato i genitori di un asse patrimoniale su cui essi avevano legittimamente fatto affidamento, sulla base dei precedenti orientamenti giurisprudenziali, e pertanto è stata ritenuta lesiva dell'art. 1 suddetto.

19. In
altri termini e più in generale: il legislatore può intervenire nella qualificazione stessa di un rapporto giuridico, ma soltanto se tale esito non metta in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceva in ragione del suo carattere fenomenologico, ovvero dei beni che esso abbia ad oggetto.
20. Nell
a specie, non sembra revocabile in dubbio che, anche in forza del titolo di responsabilità ex art. 2043 cod. civ., non verrebbe elusa la tutela del diritto fondamentale alla salute imposta dall'art. 32 Cost.
21. Altr
o piano sul quale la qualificazione legislativa di un rapporto giuridico può interferire con la riserva di giurisdizione costituzionalmente garantita è quello della ingerenza concreta nei singoli processi, che non è di per sé salvaguardata dalla astrattezza della qualificazione effettuata dal legislatore - e cioè il suo riferirsi ad una classe indeterminata di fatti.
22. Ciò
premessi, sussistono plurime ragioni per escludere che la qualificazione legislativa delle condotte determinanti la responsabilità sanitaria, operata dalla legge n. 24/2017, abbia effetti retroattivi.
23. Ai
sensi dell'art. 11 preleggi, la legge non ha effetto che per l'avvenire, per cui la sua retroattività deve essere esplicitamente prevista dalla nuova legge, ovvero deve trovare indici sicuri che ne consentano di postularla con certezza.
24. Nell
a specie, non vi è alcuna declaratoria di retroattività nella legge 24/2017.
25. Né
rileva, come sicuro indice indiretto di retroattività, la circostanza che l'art. 12, nel disciplinare l'azione diretta del soggetto danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie, abbia procrastinato l'applicazione di tale disciplina ("a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'articolo 10 con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie": comma 6), non potendosi da ciò trarre l'argomento per cui il legislatore, là dove ha voluto, ha espressamente indicato una diversa data di decorrenza della disciplina, giacché:
a) l'indicazione espressa del comma 6 è per una decorrenza futura, che lascia intatto il principio di irretroattività;

b) la previsione è coerente con l'esigenza di rendere operativa l'azione diretta soltanto nel momento in cui sussista un contesto normativo che consente l'attivazione delle coperture normative.

26. Si
configura, viceversa, come indice inequivocamente contrario alla retroattività la circostanza che un siffatto intervento legislativo verrebbe ad interferire comunque con il potere ordinariamente riservato al giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, venendo così in ammissibilmente ad incidere, seppur indirettamente, sui i singoli processi in corso, con patente lesione dell'affidamento di chi ha intrapreso un'azione giudiziaria sulla base di regole sostanziali certe, come quelle della natura "contrattuale" della responsabilità del sanitario - con dirimenti conseguenze sul riparto dell'onere di prova e sulla prescrizione - applicate in base al "diritto vivente": ciò che esclude la legittimità della sussunzione dei fatti costituenti responsabilità civile del sanitario in termini di responsabilità extracontrattuale in epoca anteriore al primo aprile 2017.

27. Si
configura ancora come indice contrario alla retroattività anche l'ulteriore circostanza, correlata a quanto appena posto in rilievo, dell'incidenza diversificata dell'applicazione dell'art. 7 della legge n. 24/2017 a seconda della fase e del grado in cui i singoli processi si trovano, cosicché, in base alla formazione o meno di preclusioni allegatorie e del giudicato interno, dovrebbe o meno operare la qualificazione *ex lege* del titolo di responsabilità, tanto da creare disparità di trattamento non solo tra i vari giudizi, ma anche all'interno dello stesso processo, con evidenti irragionevoli riflessi sul fisiologico esercizio della giurisdizione sulla materia.